

الْحَاكِمَةُ الْبَصَلَةُ

في

أحكام العسرة الطاهرة

تأليف

الشيخ محمد بن يوسف بن أبي

بشيرة بن علي، مؤلف كتاب

الْحَاكِمَةُ الْبَصَلَةُ

في



الجدائق والبصائر

في
احكام العشرة الطاهرة

تأليف
العالِم البارِع الفَقِيهُ المَحْدَث الشَّيْخ يُوْسُفُ الجُرَّانِي قدس سره
السنه ١١٨٦ هـ بمجرى

الجزء الخامس والعشرون



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق الطبع محفوظة للناسِ
الطبعة الثانية المصححة والمنقحة
١٩٨٩-١٤١٠م

دار الأضواء
للطباعة والنشر والتوزيع

ساحة حريك - شارع دكاش - ص.ب. ٤٠١ / ٢٥ - بوقيتا، غبيري - حسنكو - بيروت - لبنان .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على خير خلقه محمد
 وآله الطاهرين .

المقصد الرابع في أحكام الأولاد :

والبحث فيه يقع بالنسبة إلى الأولاد وسنن الولادة والحضانة ، فهنا مقامات :
الاول : ما يتعلق بالأولاد وبمن يلحقون ، وهم إما أن يكونوا أولاد زوجة
موظوة بالعقد الدائم أو أولاد موظوة بالملك ، أو أولاد موظوة بالشبهة ، فهنا مسائل :
الاولى : في أولاد الموظوة بالعقد الدائم ، لا خلاف بين الأصحاب كما
ادعاه جملة منهم في أن ولد الزوجة الدائمة يلحق بالزوج بشروط ثلاثة :
(أحدها) الدخول بالزوجة ، والدخول الموجب للحقوق الولد يتحقق عندهم
بغيبوبة العشفة أو قدرها من مقطوعها في القبل وإن لم ينزل ، وألحقوا به الوطء
في الدبر أيضاً .

قال في المسالك : وذكر الشهيد في قواعده أن الوطء في الدبر على هذا
الوجه يساوي القبل في هذا الحكم وغيره إلا في مواضع قليلة استثناهـا . ثم قال : وما
وقف على كلام أحد يخالف ذلك ، إنتهى .

وأنت خير بما فيه على إطلاقه من الاشكال ، فإنه مع العلم بعدم الاتزال

وإن كان الجماع في القبل ، و كذا مع الجماع في الدبر كيف يحكم بالالحاق والحال هذه ولم أر من تنبّه لذلك إلا السيّد السند في شرح النافع حيث قال: وقد يقع الاشكال مع العلم بعدم نزول الماء ، وذكر المصنّف في الشرايع وغيره أن الوطء في الدبر على هذا الوجه يساوي الوطء في القبل في هذا الحكم وهو أشدّ إشكالا ، وربما ظهر من كلام ابن إدريس والعلامة في التحرير أنّه لا عبرة بالوطء في الدبر ، وهو متّجه . إنتهى كلامه ، وهو جيّد وجهه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

نعم لو كان قد أنزل لكنّه عزل عن الزوجة فإنّ الالحاق في هذه الصورة كما قطعوا به جيّد ، لا مكان أن يسبقه شيء من الماء يتحقّق به الحمل من غير أن يشعر به ، أمّا في الصورتين المذكورتين فلا وجد لذلك يمكن الاستناد إليه والبناء في الحكم عليه .

ومما يدلّ على ما ذكرناه في صورة العزل ما رواه في كتاب قرب الاسناد^(١) عن السندي بن محمد عن أبي البختري عن جعفر بن محمد عن علي بن الحسين عن رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: كنت أعزل عن جارية لي فجاءت بولد ، فقال ﷺ: قد ينفلت ، فألحق به الولد ، ونحوه في بعض التوقيعات الخارجة من الناحية المقدسة^(٢) . ثمّ إنّّه ينبغي أن يعلم أنّه لا بدّ أن يكون الزوج ممّن يمكن التولّد منه من جهة السن ، فلو كان صغيراً لا يمكن حصول ذلك منه لم يلحق به الولد ، ونقل عن العلامة في الارشاد أنّه اكتفى ببلوغ العشر ، وهو مشكل ، إلّا أن يعلم بالعادة وقوع ذلك منه .

و (ثانيها) مضى "أقلّ" مدة الحمل ، وهي ستّة أشهر من حين الوطء ، قال في شرح النافع: وهو موضع وفاق ، وفي المسالك نسب الاجماع على ذلك إلى علماء الاسلام .
 (١) قرب الإسناد ص ٦٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٣ ب ١٥ ح ١ وفيه «إن الوكاه قد ينفلت» .
 (٢) التوقيع المشار إليه هنا مكتوب في حاشية آخر المسألة الثانية (منه - قدس سره) .

وبدل عليه قوله تعالى « وحمله وفضاله ثلاثون شهراً »^(١) مع قوله تعالى « وفضاله في عامين »^(٢) فإنه يترتب من الآيتين أن حملها يكون ستة أشهر، لأنها هي الباقية من الثلاثين شهراً بعد عامي الفصال، وليست هذه المدة هي أقصى مدة الحمل للاجماع والوجدان، فتعيّن أن يكون أقل مدته .

و يدل على ذلك الأخبار أيضاً ومنها ما رواه في الفقيه^(٣) عن سلمة بن الخطاب بسنده عن علي بن الحسين قال : أدنى ما تحمل المرأة لستة أشهر ، وأكثر ما تحمل لستة .

و ما رواه في الكافي^(٤) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا كان للرجل منكم الجارية يطؤها فيعتقها فاعتدت ونكحت فإن وضعته لخمسه أشهر فإنه من مولاها الذي أعتقها ، وإن وضعت بعد ما تزوجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخير .

و ما رواه في الكافي والتهذيب^(٥) عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام « في المرأة تزوج في عدتها ، قال : يفرق بينهما وتعدت عدة واحدة منهما ، وإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للآخر ، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول . و رواه في الفقيه^(٦) في الصحيح قال : و في رواية جميل في المرأة - الحديث .

(١) سورة الأحقاف - آية ١٥ .

(٢) سورة لقمان - آية ١٤ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٨ ح ١٥ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٥ ح ١ .

(٥) لم نثر عليه في الكافي ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٩ ح ٤١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١٣ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ذيل ح ١٣ .

و ما رواه في الكافي^(١) عن محمد بن يحيى يرفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : لا تلد المرأة لأقل من ستة أشهر ، إلى غير ذلك من الأخبار المتفرقة في جملة من الأحكام الآتي بعضها إن شاء الله .

و(ثالثها) أن لا يتجاوز أقصى مدة الحمل ، و هو مما لا خلاف فيه ، وإنما الخلاف في تقدير المدة المذكورة ، هل هي سنة أو تسعة أشهر أو عشرة أشهر ؟ مع الاتفاق على أنه لا يزيد على السنة .

و إلى (الأول) ذهب المرتضى في الانتصار مدعياً عليه الإجماع ، و نفى عنه البأس في المختلف وهو مذهب أبي الصلاح ، واختاره شيخنا في المسالك و سبطه السيد السند في شرح النافع ، وجعله المحقق في الشرايع متروكاً ، وإلى هذا القول مال صاحب الكفاية . وإلى (الثاني) أكثر الأصحاب فإنه المشهور بينهم . وإلى (الثالث) الشيخ في موضع من المبسوط ، قال في الشرايع بعد نقل القول بذلك : وهو حسن بعضه الوجدان .

والواجب بمقتضى عادتنا في الكتاب نقل الأخبار التي وصلت إلينا في المسألة المذكورة ، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها بيركة أهل الذكر عليه السلام . ومنها ما تقدم في رواية سلمة بن الخطاب^(٢) من قوله «وأكثر ما تحمل لسنة» و هذه الرواية صريحة في السنة ، إلا أنه قال في الوافي : و في بعض النسخ «وأكثر ما تحمل لسنتين» فإن صحّ فلعله ورد على التقيّة .

أقول : و بلفظ السنتين نقل الخبر في كتاب الوسائل ، ولم يذكر غيرها ، وعلى هذا النسخة لدلالة في الرواية على شيء من الأقوال المذكورة .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٣ ح ٣٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٦ ح ٨ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٨ ح ١٥ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٢٩ ح ٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ح ٢.

التي تحيض مثلها يطلّقها زوجها فيرتفع حيضها كم عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قلت: فإنّها ادعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر، قلت: فإنّها ادعت الحبل بعد تسعة أشهر؟ قال: إنّما الحبل تسعة أشهر، قلت: تزوج؟ قال: تحتاط بثلاثة أشهر، قلت: فإنّها ادعت بعد ثلاثة أشهر، قال: لا ريب عليها تزوجت إن شاءت، قال: والظاهر أنّ المراد بقوله «الحبل تسعة أشهر» أنّ الغالب فيه ذلك، ثمّ أمرها بالاحتياط ثلاثة أشهر، وذلك مجموع السنة، وفي رواية أخرى لابن حكيم - ثمّ نقل الرواية المتقدمة الظاهرة في السنة، ثمّ قال: - وذكر جدي أنّه وقع في زمانه في بعض النساء تأخّر حملهنّ سنة، وحكي لنا في هذا الزمان أنّه وقع ذلك أيضاً في بعض نساء بلدنا، ولا ريب أنّ اعتبار ذلك عادة وإن كان نادراً أولى من الحكم بنفي النسب عن أهله، إنتهى .

أقول: مرجع استدلاله بصحيفة عبدالرحمن بن الحجاج، والرواية الأولى من روايتي محمد بن حكيم مع أنّ ظاهرهما أنّما هو الدلالة على القول بالتسعة إلّا أنّه لا يمكن لم يرخّص لها في التزويج إلّا بعد مضيّ التسعة والثلاثة الأشهر التي بعدها الذي مجموعه سنة، فهو يدلّ على أنّ أقصى مدة الحمل سنة، إذ لو كان ذلك تسعة أشهر لجوّز لها النكاح بعد التسعة، أو حمل ما دلّ بظااهره على التسعة على أنّه الأغلب .

و فيه: (أولاً) أنّ المستفاد من أخبار هذه المسألة - أعني مسألة المسترابة كما سيأتي إن شاء الله تحقيقه في محله - هو أنّ هذه الأشهر الأخيرة هي العدة الشرعية ومضيّ التسعة الأشهر وإن حصل به براءة الرحم وحصل اليقين بعدم الحبل لمضيّ المدة التي هي أكثر الحمل، لكنّه لا ينافي وجوب الاعتداد، فإنّ ما علّل به وجوب الاعتداد من تحصيل براءة الرحم ليس كليّاً يجب إطراده، لتخلّفه في مواضع لا تحصى، كمن مات عنها زوجها بعد عشر سنين من مفارقتها، وكذا في الطلاق مع أنّه لا ريب في وجوب العدة .

و (ثانياً) أن ارتكاب التأويل في الأخبار فرع وجود المعارض ، و هم لم يذكروا على ما اختاروه من القول بالسنة دليلاً يوجب إخراج هذه الأخبار عن ظاهرها ، فحمله مادل على التسعة - كهذه الروايات على أن ذلك الغالب - خروج عن الظاهر ، يتوقف على وجود المعارض الراجح الدال على القول بالسنة ، وليس إلا ما أورده من ظاهر رواية محمد بن حكيم الثانية ^(١) التي هي مع الانحياز عن المناقشة في دلالتها معارضة بما هو أظهر دلالة منها كرواية عبد الرحمن بن سيابة ^(٢) والرواية التي بعدها ، على أنك قد عرفت في غير موضع مما تقدم أن من القواعد المقررة في كلامهم ^(٣) أن إطلاق الأخبار إنما تحمل على الأفراد الغالبة المتكررة المتكثرة دون الفروض النادرة التي ربما لا تقع ولا تعلم إلا بمثل هذه الحكايات التي نقلها .

و (ثالثاً) أن اعتماده في الاستدلال على القول بالسنة بهاتين الروايتين بالتقريب الذي ذكره من ضم الثلاثة أشهر الأخيرة إلى التسعة ، وأن المجموع يصير سنة منقوض بما دلت عليه موثقة عمار الظاهرة في أن أقصى الحمل سنة ، حيث إنه لا يجب الاعتداد فيها بالثلاثة بعدمضي السنة ، وهي مارواه ^(٤) عن أبي عبد الله

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٢٩ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ح ٢ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٥ ح ٤٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٥ ح ٣ .
(٣) ومرجع ذلك إلى أنه مع معلومية الحال بكونه تسعة أو سنة فلا إشكال ، وإنما الإشكال فيما إذا جهل ذلك كما في صورة الإرتياب ، فمقتضى ما قلنا من القاعدة هو الحمل على التسعة لأنه هو الفرد المتكرر الغالب ، فمتى حصلت التسعة حكم بخروجها من العدة .

(منه - قدس سره -) .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩٨ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٣ ح ١ .

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَأَلَ عَنْ رَجُلٍ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ شَابَّةٌ ، وَهِيَ تَحِيضُ كُلَّ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ حِيضَةً وَاحِدَةً ، كَيْفَ يُطْلَقُهَا زَوْجُهَا؟ فَقَالَ: أَمْرُهَا شَدِيدٌ تَطْلُقُ طَلَاقَ السَّنَةِ تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً عَلَى طَهْرٍ مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ بِشُهُودٍ ، ثُمَّ تَتْرَكَ حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ مَتَى حَاضَتْ ، فَإِذَا حَاضَتْ ثَلَاثًا فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، قِيلَ لَهُ : وَإِنْ مَضَتْ سَنَةٌ وَلَمْ تَحِضْ فِيهَا ثَلَاثَ حِيضٍ؟ قَالَ : إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ وَلَمْ تَحِضْ ثَلَاثَ حِيضٍ يَتَرَبَّصُ بِهَا بَعْدَ السَّنَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، ثُمَّ قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا الْحَدِيثُ ، وَهَذَا الْخَبَرُ مِنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى السَّنَةِ ، وَهُوَ كَمَا تَرَى ظَاهِرٌ فِيمَا قَدَمْنَا ذِكْرَهُ ، مِنْ أَنَّ هَذِهِ الثَّلَاثَةَ الْأَشْهُرَ الْآخِرَةَ هِيَ الْعِدَّةُ الشَّرْعِيَّةُ ، وَإِنْ عَلِمَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ بِمَضِيِّ أَقْصَى الْحَمْلِ بِالتَّسْعَةِ كَمَا فِي الْأَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمَةِ ، أَوْ السَّنَةِ كَمَا فِي هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، لَا أَنَّ هَذِهِ الثَّلَاثَةَ تُضْمُ إِلَى الْمُدَّةِ الْأُولَى لِيَحْصَلَ بِالْمَجْمُوعِ أَقْصَى الْحَمْلِ ، وَإِلَّا لَلَزِمَ أَنَّ أَقْصَى الْحَمْلِ بِنَاءً عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ خَمْسَةَ عَشَرَ شَهْرًا وَهُوَ بَاطِلٌ يَقِينًا .

وَبِالْجُمْلَةِ فَإِنَّ مَا تَكَلَّفَهُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَقَبْلَهُ جَدُّهُ فِي الْمَسَالِكِ مِنَ الْاسْتِدْلَالِ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بِهَذِهِ الرَّوَايَةِ فَهُوَ لَا يَخْلُو مِنْ تَكَلُّفٍ وَتَعَسُّفٍ ، وَسَيُظْهِرُ لَكَ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - ذَلِكَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ وَفَقَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ لِلْوُصُولِ إِلَيْهَا .

وَالْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ قَدْ اقْتَصَرَ عَلَى نَقْلِ أَقْوَالِ الْمَسْأَلَةِ ، وَهِيَ الثَّلَاثَةُ الْمَذْكُورَةُ وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَذِكْرِ أُدْلَةٍ شَيْءٍ مِنْهَا ، وَقَدْ عَرَفْتُ أَنَّ رَوَايَاتِ الْمَسْأَلَةِ وَهِيَ الَّتِي وَقَفْنَا عَلَيْهَا مَنْحَصَرَةٌ فِي الْقَوْلِ بِالتَّسْعَةِ وَالْقَوْلِ بِالسَّنَةِ ، وَأَمَّا الْقَوْلُ بِالْعَشْرَةِ فَلَمْ نَقِفْ لَهُ عَلَى خَبَرٍ ، إِلَّا أَنَّ ظَاهِرَ بَعْضِهِمْ أَنَّهُ مَرْوِيٌّ أَيْضًا ، قَالَ ابْنُ حَزْمَةَ - عَلَى مَا نَقَلَهُ عَنْهُ فِي الْمَخْتَلَفِ - : أَكْثَرُ مَدَّةِ الْحَمْلِ فِيهِ رَوَايَاتُ ثَلَاثَةِ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَعَشْرَةٌ ، وَسَنَةٌ . ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ مَا دُلَّ عَلَيْهِ خَبَرُ مُحَمَّدِ بْنِ حَكِيمٍ الْأَوَّلِ قَدْ رَوَى نَحْوَهُ فِي أَخْبَارٍ أُخْرَى لَهُ أَيْضًا مِنْهَا مَا رَوَاهُ ^(١) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ أَبِي الْحَسَنِ عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ : قُلْتُ لَهُ : رَجُلٌ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، فَلَمَّا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ادَّعَتْ حَبْلِي ، قَالَ : يَنْتَظِرُ بِهَا تِسْعَةَ

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٣ ح ٥ .

أشهر ، قال : قلت : فإنها ادعت بعد ذلك حبلى ، قال : هيهات هيهات ، إنما يرتفع الطمث من ضربين ، إما حبلى يبين وإما فساد من الطمث ، و لكنها تحتاط بثلاثة أشهر بعد .

وأنت خير بما في هذا الخبر من الدلالة الظاهرة على ما قررناه ، والوضوح فيما اخترناه ، والتقريب فيه أنه لما ادعت الحبل بعد الثلاثة الأشهر فأمره بالإبلاغ بالانتظار لتسعة أشهر التي هي أقصى مدة الحمل ، فإن ظهر فيها حمل فذاك ، وإلا فإنه قد تبين بانقضاء المدة المذكورة عدم الحمل ، ولهذا لما قال له الراوي أنها بعد التسعة ادعت الحبل ، قال : هيهات هيهات ، يعني هذا لا يكون أبداً بأن تمضي مدة تسعة أشهر لم يتبين فيها الحمل ثم يتبين بعدها ، وما ذاك إلا من حيث إنها أقصى مدة الحمل ، ولو كان مدة الحمل سنة كما يقوله أولئك لم يكن لهذا الكلام معنى بالكليّة ، بل كان ينبغي أن يرتب على مضي السنة ، لا التسعة الأشهر ، ثم إنه أمره بالثلاثة الأشهر بعد التسعة التي تبين بها عدم الحمل وبراءة الرحم منه احتياطاً ، وهي العدة الشرعيّة المأمور بها بعد الطلاق ، وإنما نسبها إلى الاحتياط لتبين براءة الرحم قبلها ، وإنما هي مؤكدة لذلك ، والوجه ما قد عرفته من أن التعليل ببراءة الرحم إنما هو للتقريب إلى الأفهام ، لا أنه علّة حقيقيّة ، يدور المعلول معها وجوداً وعدماً .

نعم يبقى الكلام في الجمع بين أخبار السنة والتسعة ، ولا يحضرني الآن وجه شافٍ يعول عليه .

ومن فروغ المسألة ما لو وضعت الولد بعد سنة من وقت الجماع فإنه على القول بكون أقصى مدة الحمل تسعة لا يلحق بالزوج ، وإنما يلحق به على تقدير القول بالسنة ، وهذا معظم الشبهة عند شيخنا الشهيد الثاني و سبطه ، وإليه أشار السيّد السند فيما قدمنا نقله عنه بقوله في آخر كلامه « ولا ريب أن اعتبار ذلك عادة وإن كان نادراً أولى من الحكم بنفي النسب عن أهله ، ومرجه إلى التمسك

بأن الولد للفراش، كما ذكره جده بقوله : واستصحاب حكمه ، وحكم الفراش أنسب وإن كان خلاف الغالب .

و فيه أنه متى قام الدليل بأن أقصاه تسعة كما عرفته من الأخبار التي قدمناها ، وهي ما بين نص و صريح في ذلك وظاهر ، فإنه يجب تخصيص حديث الفراش بها ، و قد عرفت أن جل أخبار محمد بن حكيم و هي متعددة زيادة على ما نقلناه ظاهرة في التسعة ، وما ارتكبه من تأويلها قد عرفت ما فيه بما أظهرناه من ضعف باطنه وخافيه ، على أنك قد عرفت أن مقتضى قواعدهم إنما هو الحمل على الأفراد الغالبة المتكررة ، لا الفروض الشاذة النادرة .

وتحقيق الكلام في المقام يتم برسم فوائد :

الاولى : إختلف الأصحاب فيما اودخل بزوجه و جاءت بولد لأقل من ستة أشهر وهو حي كامل ، فقال الشيخ المفيد : إن ولدت زوجته على فراشه حياً تماماً لأقل من ستة أشهر من يوم لامسها فليس بولد في حكم العادة ، وهو بالخيار إن شاء أقر به ، وإن شاء نفاه عنه .

و قال الشيخ في النهاية : فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر حياً سليماً جاز له نفيه عن نفسه .

وقال ابن إدريس : يجب عليه نفيه . وإلى هذا القول ذهب إليه من تأخر عنه وهو المشهور بين المتأخرين .

قال في المختلف وهو المعتمد لنا : أنه ليس ولد له . فسكوته عن نفيه يوجب لحاقه به واعترافه بنسبه ، وهو حرام إجماعاً . وعلى هذا المنهاج كلام غيره ، وهو الظاهر الذي لا إشكال فيه .

والعجب من مثل الشيخين في خلافهما لذلك . روى الصدوق في الفقيه ، والشيخ في التهذيب^(١) عن أبان بن تغلب قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٧ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ٣ .

فلم تلبث بعد ما اهديت إليه إلا أربعة أشهر حتى ولدت جارية ، فأفكر ولدها وزعمت هي أمها حملت منه ، قال : فقال : لا يقبل منها ذلك ، وإن ترافعا إلى السلطان تلاعنا وفرق بينهما ولم تحل له أبداً .

وكذا يجب أن يكون الحكم كذلك فيما إذا ولدت الزوجة بعد أقصى زمان الحمل من حين الوطء فإنه يجب على الزوج نفيه لانتقائه عنه في نفس الأمر ، فهو في معلومية نفيه عنه كما لو ولدت به قبل الدخول ، أو ولدت به لأقل من ستة أشهر كما تقدم ، وقد ذكر جملة من الأصحاب هنا أن ذلك يعلم بأحد أمرين ، إما اتفاق الزوجين على عدم الوطء في المدة المذكورة ، أو ثبوت ذلك بغيبة أحدهما عن الآخر في جميع هذه المدة .

ومما ورد بالنسبة إلى الغيبة ما رواه في الكافي^(١) عن يونس «في المرأة يغيب عنها زوجها فتجيء بولد ، أنه لا يلحق الولد بالرجل إذا كانت غيبة معروفة ، ولا تصدق إنه قدم فأحبها» وقوله «إذا كانت غيبته معروفة» فيه إشارة إلى محل المسألة .
الثانية : لا خلاف ولا إشكال في أنه لو زنت المرأة على فراش زوجها كان الولد ملحقاً بالزوج لا ينتفى منه إلا باللعان ، للخبر المستفيض^(٢) عنه عليه السلام «الولد للفراش وللعاهر الحجر» .

وروى الكليني^(٣) عن سعيد الأعرج في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد ، لمن يكون الولد ؟ قال : للذي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٠ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٣ ب ١٠٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٤ .

عنده ، لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر .
ومارواه في التهذيب^(١) عن سعيد الأعرج في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
قلت له : الرجل يتزوج المرأة وليست بمأمونة تدعي الحمل ، قال : ليصبر لقول
رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر .
إلى خير ذلك من الأخبار الواردة بهذا المضمون ، ولا فرق في ذلك بين كون
الولد مشبهاً للزاني في الخلق والخلق أم لا ، عملاً بالاطلاق .

تنبيه

قوله « الولد للفراش » قيل : أي لمالك الفراش ، وهو الزوج أو المولى .
أقول : قال في كتاب المصباح المنير^(٢) : قوله « الولد للفراش » أي الزوج ، فإن
كل واحد من الزوجين يسمى فراشاً للآخر ، كما سمي كل واحد منهما لباساً
للآخر ، انتهى . وعلى هذا فلا يحتاج إلى تقدير مضاف كما في الأول . وقوله
« وللعاهر - أي الزاني - الحجر » يحتمل معنيين : أحدهما أن الحجر كناية عن
الخيبة والحرمان بمعنى لاشيء له ، كما يقال : له التراب . وثانيهما أنه كناية
عن الرجم بالأحجار ، ورد بأن ليس كل زان يجب رجه .

قال السيد الرضي صاحب كتاب نهج البلاغة في كتاب المجازات النبوية
بعد ذكر الخبر : هذا مجاز على أحد التأويلين وهو أن يكون المراد أن العاهر
لا شيء له في الولد ، فعبّر عن ذلك بالحجر ، أي له من ذلك ما لاحظ فيه ولا
انتفاع به ، كما لا ينتفع بالحجر في أكبد الأحوال - إلى أن قال : - وأما التأويل الآخر
الذي يخرج به الكلام عن حيز المجاز إلى الحقيقة فهو أن يكون المراد أنه ليس

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨٣ ح ٦٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٦٥ ح ١ .

(٢) المصباح المنير ص ٦٤٠ .

للعاهر إلا إقامة الحد عليه وهو الرجم بالأحجار فيكون الحجر هنا إسمًا للجنس لا للمعهود ، وهذا إذا كان العاهر محصناً ، فإن كان غير محصن فالمراد بالحجر هنا على قول بعضهم الاعناف به والغلط عليه بتوفية الحد الذي يستحقه من الجلد ، وفي هذا القول تعسف ، والاستكراه - وإن كان داخلاً في باب المجاز - إلا أن الغلط على من يقام عليه الحد إذا كان الحد جلدًا لأرجحاً لا يعبر عنه بالحجر لأن ذلك بعيد عن سنن الفصاحة ، والأولى الاعتماد على التأويل الأول .

المثالثة : إذا اختلف الزوجان في الدخول وعدمه فادعته المرأة ليلحق به الولد وأنكره الزوج فلا ريب في أن القول قوله يمينه لأن الأصل عدمه ولأن الدخول من فعله فيقبل قوله فيه ، ولو اتفقا على الدخول لكن أنكر الزوج الولادة وادعى أنها أمت به من خارج فالقول قوله يمينه أيضاً لأن الأصل عدم الولادة ، ولو اعترف بالدخول والولادة وحصلت الولادة بعد مضي أقل مدة الحمل وقبل مضي أقصاه فإن الولد يلحق به شرعاً ويلزمه الاقرار به ، ولو أنكره والحال هذه لم ينتف عنه إلا باللعان وهو موضع وفاق .

أما لو ادعى الأب ولادته لدون ستة أشهر أو لأزيد من أقصى الحمل وادعت الزوجة ولادته بعد مضي أقل مدته أو قبل مضي أقصاه ، فظاهر إطلاق بعض العبارات أن القول قول المرأة ، وأن الحكم كما في سابق هذا الموضع والأنسب بقواعدهم والأربط بضوابطهم أن القول قول المرأة فيما إذا ادعى الزوج ولادته بعد مضي أقصى الحمل ، لأن الأصل عدم مضي تلك المدة ، والأصل عدم تقدم الوطء على الوقت الذي تعترف به المرأة .

وأما في صورة ما إذا ادعى ولادته قبل مضي أقل مدة الحمل وادعت المرأة مضي تلك المدة ، فيشكل القول بتقديم قولها^(١) في ذلك ، لأن الأصل عدم مضي

(١) لأن مثال هذه الدعوى - أي دعوى عدم مضي تلك المدة - إلى دعوى الدخول ، فإنه إذا قال : لم تمض ستة أشهر من حين الوطء فمعناه أنه لم يطأ قبل هذه المدة وإنما وطأ =

تلك المدة المتنازع فيها ، و عدم تقدم الوطء عن الوقت الذي يعترف به الزوج ، فالأظهر هنا تقديم قول الزوج في ذلك ، ومن هنا حمل بعضهم إطلاق تقديم قول المرأة في الاختلاف في المدة على المعنى الأول^(١) ليتجده الحكم بتقديم قول المرأة. قال في شرح النافع: ومتى قلنا بتقديم قول المرأة فالظاهر أن عليها اليمين كما صرح به الشهيد و جماعة ، وربما ظهر من كلام بعض الأصحاب عدم يمينها وهو بعيد. انتهى ، وهو جيد.

الرابعة: لو زنى بامرأة فأحبلها ثم تزوجها ، وكذا لو زنى بأمة غيره ثم اشتراها لم يجز له إلحاق الولد بنفسه ، لأن الولد إنما حصل بالزنا ، والنسب لا يثبت بالزنا ، ومجرد الفراش لا يقتضي إلحاق ما علم انتفاؤه .

ويدل على ذلك من الأخبار ما رواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن علي ابن مهزيار عن محمد بن الحسن القمي قال : كتب بعض أصحابنا على يدي أبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأة فحبلت ثم إنّه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد وهو أشبه خلق الله به، فكتب عليه السلام بخطه وخاتمه : الولد لغية لا يورث. وفي الصحيح عن العجلي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أيما رجل وقع على وليدة قوم حراماً ثم اشتراها فادعى ولدها فإنه لا يورث منه، فإن رسول الله ﷺ

= في انتهائها، فكما أن قوله يقدم في عدم الدخول لأصالة عليمه، فكذا هنا لأصالة عدم تقدمه، لاشتراكهما في تعليل الأصل. كذا أفاده شيخنا في المسالك.

(منه - قدس سره -)

(١) وهو ما لو أتت به بعد مضي ستة أشهر. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨٢ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٤ ب ١٠١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١ مع زيادة فيه ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٤٠ ، وج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١ وج ١٤ ص ٥٨٣ ب ٧٤ ح ١ .

قال : الولد للفراش وللماهر الحجر .

الخامسة : إذا طلق الرجل زوجته فاعتدت وتزوجت ثم أتت بولد فإن كان لدون ستة أشهر فهو للأول ولو كان ستة أشهر فصاعداً فهو للأخير ، وكذا لو أعتق أمة فتزوجت بعد العدة ثم ولدت فإن الحكم في الولد كما ذكر من التفصيل . والوجه في الأول ظاهر لا تنفاه الولد في هذه الحال عن الثاني بعدم مضي أقل مدة الحمل من وطئه ، مؤيداً ذلك بالأخبار الآتية في المقام . ونحوه في الحكم بكونه للأول أيضاً ما لو أتت به قبل تجاوز أقصى مدة الحمل من وطئه الأول ولم تنزوج لأنها فراشه حينئذٍ ولم يشاركه فراش آخر ليشاركه في الولد .

وأما الثاني وهو ما لو أتت به ستة أشهر فصاعداً فالحكم به للثاني ظاهر فيما لو كان الاثبات به بعد مضي أقصى مدة الحمل من وطئه الأول فإنه لا يمكن إلحاقه بالأول حينئذٍ ، وإنما الكلام فيما لو أتت به قبل مضي الأقصى ، فإنه يمكن أن يكون من الأول لعدم تجاوز أقصى مدة الحمل من وطئه ، وأن يكون من الثاني لمضي أقل مدة الحمل من وطئه ، والمشهور - وبه قطع الشيخ في النهاية والمحقق وجماعة - أنه للثاني ، وقال الشيخ في المبسوط : تعتبر القرعة لا مكان أن يكون من الأول ومن الثاني لأن الأم فراش لكل منهما حال وطئه ، ولا ترجيح إلا بالقرعة .

ويدل على المشهور جملة من الأخبار ، منها ما رواه الكليني^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا كان للرجل منكم الجارية يطؤها فيعتقها فاعتدت ونكحت فإن وضعت اخمسة أشهر فإنه من مولاه الذي أعتقها ، وإن وضعت بعد ما تزوجت ستة أشهر فإنه لزوجها الأخير .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ١٠ وفيه « فإنه لمولاه » الوسائل

و ما رواه في التهذيب^(١) عن زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول، وإن كان ولداً ينقص من ستة أشهر فلامه و لأبيه الأول ، وإن ولدت لستة أشهر فهو للأخير .

وما رواه الصدوق في الفقيه^(٢) في الصحيح عن جميل بن دراج في المرأة تزوج في عدتها ، قال : يفرق بينهما وتعد عدة واحدة منهما ، فإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير ، وإن جاءت بولد في أقل من ستة أشهر فهو للأول، ورواه الكليني والشيخ^(٣) عن جميل بن دراج عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام « في المرأة تزوج » الحديث .

وما رواه الشيخ^(٤) عن أبي العباس البقباق « قال: إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير، وإن كان أقل من ستة أشهر فهو للأول » .

وقد اشتركت هذه الروايات في الدلالة على أنه مع تعدد صاحب الفراش فإنه يحكم للأول إن نقص عن الستة ، وإن كان ستة فصاعداً فهو للثاني ، ومنه يظهر بطلان القول بالقرعة ، وكذا الحكم في الأمة لو باعها سيدها بعد الوطء فإنه متى ولدت عند المشتري لأقل من ستة تبين أنه من البائع ، ويزيد هنا أنه يبطل البيع لظهور كونها أم ولد ، وأما لو ولدت لستة فصاعداً فهو من المشتري والبيع صحيح .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٩ ح ٤١ ، مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١٣ .

(٣) لم نعثر عليه في الكافي ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١٣ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١٢ .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك^(١) عدم الوقوف على شيء من الروايات التي ذكرناها دليلاً للمقول باللقول بالثاني منهما متى كان لستة فصاعداً ، لأنه بعد نقل القولين المذكورين إنما عُلِّلَ كلاً منهما بالعلل الاعتبارية المتعارفة في كلامهم ثم قال: واختار المصنف إلحاقه بالثاني وعلله أقوى .

المسألة الثانية : في أولاد الموطوءة بالملك وما يترتب عليها من الأحكام ، وذلك يقع في مواضع : منها أنه متى وطأ الأمة فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً لزم الاقرار به لأنه لو نفاه لم يلاعن أمه بل يحكم بنفيه ظاهراً ، ولو اعترف به بعد ذلك الحق به ، وتفصيل الوجه في هذا الاجمال أن يقال :

أما لزوم الاقرار به إذا لم يعلم اتفأؤه عنه فيدل عليه بعد اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور ما رواه الكليني^(٢) في الصحيح عن سعيد بن يسار « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تكون للرجل يطيف بها وهي تخرج فتعلق ، قال: ينتهمها الرجل أو ينتهمها أهله؟ قلت: أما ظاهرة فلا، قال: إذا لزمه الولد».

(١) فإنه - قدس سره - قال: وإن أمكن إلحاقه بهما بأن ولدته فيما بين أقصى الحمل وأدناه من وطئهما أمكن كونه منهما، ولا خلاف في عدم الترجيح للأول لأن فراش الثاني أما أقوى - من حيث زوال الأول وحصول الثاني بالفعل - أو مساو له، وفي ترجيح الثاني واعتبار القرعة قولان: منشأهما من كونها حال الوطء فراشاً لكل منهما، والزمان صالح لإلحاقه بهما فلا ترجيح إلا بالقرعة، ومن أن فراش الثاني ثابت بالفعل حقيقة. بخلاف الزائل فإنه مجاز عند جمع من الأصوليين، وقد قال النبي صلى الله عليه وآله «الولد للفراش» والقولان للشيخ في المبسوط والنهاية والعلامة في المختلف وغيره، واختار المصنف إلحاقه بالثاني وعلله أقوى، انتهى.

وفيه ما لا يخفى كما عرفت في غير موضع مما تقدم، والنصوص بحمد الله سبحانه واضحة جلية، ولكنهم لمزيد الاستعجال يغفلون عن مراجعتها. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦٥٥ ح ٢.

وعن سعيد بن يسار^(١) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جارية له تذهب وتجيء وقد عزل عنها ولم يكن منه إليها شيء، ما تقول في الولد؟ قال، أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: وسألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أيتهمها؟ فقلت: أما تهمة ظاهرة فلا، قال: فإيتهمها أهلك؟ فقلت: أما شيء ظاهر فلا، قال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد.

ومارواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن عمر بن يزيد قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العسر رجل وقع على جاريته ثم شك في ولده، فكتب عليه السلام: إن كان فيه مشابة منه فهو ولده.

وظاهر هذه الأخبار عدم لحوقه به مع التهمة، - يجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى. وأما أنه لو علم انتفاؤه عنه فإنه يجوز له نفيه، وينبغي ظاهراً من غير أن يتوقف على لعان، فهو مجمع عليه بينهم، وقد نقل الاجماع على ذلك فخر المحققين في شرح القواعد وشيخنا الشهيد الثاني في الروضة والمسالك.

وأما سقوط اللعان هنا فلأن مورد - كما دلت عليه الآية - الزوجان كما سيبيء بيانه إن شاء الله تعالى في محله. قال سبحانه: «والذين يرمون أزواجهن» الآية. وأما انتفاؤه ظاهراً بمجرد النفي، فاستدل عليه زيادة على الاجماع المدعى بأن ذلك لا يعرف إلا من قبله، فلو لم ينتف بنفيه - والحال أنه لا ينتفي باللعان - لزم كون ولد الأمة أقوى من ولد الحرة لأن ولد الحرة ينتفي باللعان، وهذا لا يمكن نفيه أصلاً على هذا التقدير، وذلك معلوم البطلان. إنتهى، وفيه ما لا يخفى. وبالجمله فإني لأعرف لهم دليلاً ظاهراً إلا الاجماع المدعى.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ح ٥.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٦ وفيه عن يعقوب بن يزيد، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٤ ح ٥.

وأما أنه إذا اعترف به بعد الإنكار الحق به، فاستدل عليه بخبر^(١) وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز، ولأن الملاعن الذي ينتفى عنه الولد باللعان إذا كذب نفسه الحق به الولد - كما سيجيء إن شاء الله تعالى في باب اللعان - وإلحاقه به فيما إذا اعترف به بعد النفي بطريق أولى .

تذنيبات

الأول : لا يخفى أن ما ذكره من هذه الأحكام في ولد الأمة يجيء مثله - كما صرح به الأصحاب - في ولد المتعة من لزوم الاعتراف به إذا لم يعلم انتفاؤه ، وأنه إذا نفاه ينتفي ظاهراً من غير لعان، وإذا اعترف به بعد النفي الحق به. قال السيد السند في شرح النافع: ونقل جدي - رحمه الله عليه - في باب المتعة من الروضة والمسالك الاتفاق على أن ولد المتعة ينتفي بغير لعان ، مع أنه قال في هذا الباب من الروضة: أن انتفاء ولد المتعة بمجرد النفي هو المشهور، وحكي عن المرتضى - رحمه الله عليه - قولاً بإلحاقها بالدائمة في توقف انتفاء ولدها على اللعان. أقول : وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في الفصل الثالث في المتعة ، وبيئنا ما في المسألة من الاشكال ، وإن لم يتنبه إليه أحد من علمائنا الأبدال ، وأن الروايات التي استندوا إليها في ذلك لا تخلو من الاجمال ، فليرجع إليه من أحب تحقيق الحال .

الثاني : لا خلاف بين الأصحاب في أنه متى أقر بالولد فإنه لا يقبل منه إنكاره بعد ذلك ، وقد ادعى الاجماع على ذلك جملة منهم وعليه تدل الأخبار أيضاً. ومنها ما رواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: وأيما رجل أقر بولد ثم انتفى منه فليس له ذلك ولا كرامة ، يلحق به ولده

(١) الوسائل ج ١٦ ص ١١١ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٤ ح ١ .

إذا كان من امرأته أو وليدته».

ومارواه في الكافي والفقيد^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال : من أقر بولد ثم نفاه جلد الحد والزوم الولد».

ومارواه في التهذيب^(٢) عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين عليه السلام قال : إذا أقر الرجل بالولد ساعة لم ينتف منه أبداً .

ومارواه في الكافي^(٣) عن سعد بن سعد في الصحيح قال : سألته - يعني أبا الحسن الرضا عليه السلام - عن رجل كان له ابن يدعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيته فكيف أصنع؟ فقال - يعني الرضا عليه السلام - : لزمه الولد بإقراره بالمشهد لا يدفع الوصي عن شيء قد علمه».

ومارواه في التهذيب^(٤) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ادعى ولد امرأة لا يعرف له أب ثم انتفى من ذلك ، قال : ليس له ذلك .
ومارواه في التهذيب^(٥) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أقر الرجل بولد ثم نفاه لزمه .

الثالث : إذا كان للجارية موالٍ عديدة ووطأها كل منهم وولدت ، فإذا أن يكون وطء الموالي متفرقاً بأن وطأها الأول ثم باعها من الثاني فوطأها ثم باعها من الثالث فوطأها وهكذا ، وإن كان في طهر واحد ، أو يكون وطء الموالي

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٦١ ح ٨ ، الفقيه ج ٤ ص ٣٦ ح ١٢ وفيه «أن علياً عليه السلام قال :» ، التهذيب ج ١٠ ص ٨٧ ح ١٠٣ ، الوسائل ج ١٨ ص ٤٥٧ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٣ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٥ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٦٤ ح ٢٦ ، الفقيه ج ٤ ص ١٦٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٢٣٥ ح ١١ ، الوسائل ج ١٣ ص ٤٧٦ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٦٧ ح ٦ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٤ ح ٣ .

(٥) التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٤ ح ٢ .

مجتمعا بحيث يكونون مشتركين في الجارية فوطأها كلٌ منهم من حيث الملك
فهنا قسمان :

(أحدهما) أن يكون الموالى متفرقة على الوجه الذي ذكرناه ، والذي ذكره
الأصحاب أنه يحكم بالولد للأخير الذي عنده الجارية إن جاءت بالولد لستة أشهر
فصاعداً من يوم وطئها ، وإلا كان للذي قبله بالشرط المذكور ، وهكذا في كل
واحد منهم ، وهي وإن كانت فراشاً للجميع أو كالفراش إلا أن الولد عندهم يلحق
بالمالك بالفعل دون الزائد وإن أمكن لحوقه به ، هذا إن حصل شرط الإلحاق
وهو التوكل على الوجه المذكور ، وإلا فالسابق ، لأنه ناسخ لحكم الذي قبله مع
إمكان اللحق أيضاً ، وهكذا .

و الذي يدل على ما ذكرناه من تقديم الحاضر دون من سبق وإن أمكن
للحقوق مارواه المشايخ الثلاثة^(١) - رحمه الله عليهم - عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام
« قال : سمعته يقول : وسئل عن رجل اشترى جارية ثم وقع عليها قبل أن يستبرئ
رحمها ، قال : بئس ما صنع ، يستغفر الله ولا يعود ، قلت : فإنه باعها من آخر ولم
يستبرئ رحمها ثم باعها الثاني من رجل آخر فوقع عليها ولم يستبرئ رحمها فاستبان
حماها عند الثالث ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

ورواه الشيخ في التهذيب^(٢) بسند آخر عن الصيقل « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام
وذكر مثله ، إلا أنه قال « قال أبو عبد الله عليه السلام : الولد للذي عنده الجارية ، وليصبر
لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

وقال عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) « وإن كانوا ثلاثة واقعوا جارية على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ١١ ،
الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٨ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٣ .

(٣) فقه الرضا ص ٢٦٢ مع اختلاف يسير .

الأفراد بعد أن اشتراها الأول و واقعها ثم اشتراها الثاني و واقعها ثم اشترى الثالث و واقعها ، كل ذلك في طهر واحد ، فأنت بولدها لكان الحق أن يلحق الولد بالذي عنده الجارية و يصبر لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، هذا مما لا يخرج في النظر وليس فيه إلا التسليم ، وفي الخبرين دلالة على كون الأمة فراشاً ، و الأصحاب قد استدلوا في ذلك بهذين الخبرين لضعف قول من منع كونها فراشاً .

و(ثانيهما) أن يطأها الموالى المشتري كون فيها في طهر واحد ، ولا ريب أنهم قد فعلوا محرماً فإنه لا يجوز لأحد الشركاء الوطء بدون إذن الشركاء الآخر ، لكنه لا يكون بذلك زانياً بل عاصياً يستحق التعزير و يلحق به الولد ، ويقوم عليه الأمة والولد يوم سقط حياً ، وقد تقدم تحقيق الكلام في المسألة في كتاب البيع^(١) و الكلام هنا فيما إذا اجتمعوا على الوطء فإنهم وإن فعلوا محرماً إلا أن الولد لاحق بهم لا بمعنى أنه يكون مشتركاً بين الجميع بل يختص بواحد منهم ، يجب الرجوع إلى القرعة في تعيينه كما دلت عليه الأخبار ، فكل من خرج اسمه الحق به الولد واغرم حصص الباقي من قيمته وقيمة أمه ، لأنها قد صارت أم ولد بالنسبة إلى من الحق به ، وها أنا أسوق ما وقفت عليه من أخبار المسألة . ومنها ما رواه في الكافي و التهذيب^(٢) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا وقع الحر والعبد و المشرك بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه .

وما رواه في الكافي والفقهاء^(٣) عن عاصم بن حميد عن أبي بصير في الصحيح أو

(١) ج ١٩ ص ٤٧٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٠ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٤٠ ح ٢٦ مع اختلاف في السند والمتن ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٧ ح ٣ و ج ١٨ ص ١٨٧ ح ١ مع اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٥٤ ح ١١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٧٠ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٧ ح ٤ و ج ١٨ ص ١٨٨ ح ٦ .

الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : بعث رسول الله ﷺ علياً عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم : حدثني بأعجب ماورد عليك . قال : يا رسول الله أتاني قوم قد تبايعوا جارية فوطؤوها جميعاً في طهر واحد فولدت غلاماً واحتجوا فيه كلهم يدعيه فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه ، وضمتند نصيبهم ، فقال النبي ﷺ : إنّه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله عز وجل إلا خرج سهم المحق . ورواه الشيخ ^(١) عن عاصم بن حميد عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السلام مثله .

ومارواه في التهذيب عن معاوية بن عمار في الصحيح والصدوق ^(٢) عنه في الضعيف عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا وطأ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً أقرع الوالي بينهم ، فمن قرع كان الولد ولده ، ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية « الحديث .

ومارواه في التهذيب ^(٣) عن سليمان بن خالد في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد . وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فأقرع بينهم وجعل الولد لمن قرع وجعل عليه ثلثي الدية للآخرين ، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت نواجده قال : وما أعلم فيها شيئاً إلا ما قضى علي عليه السلام .

ونحو ذلك صحيحة الحلبي ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا وقع المسلم واليهودي والنصراني على المرأة في طهر واحد أقرع بينهم ، وكان الولد للذي نصيبه القرعة .

(١) التهذيب ج ٦ ص ٢٣٨ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ح ٥٠ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٢ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ح ١٨ و ج ١٨ ص ١٩٠ ح ١٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٦ ح ٢ .

(٤) التهذيب ج ٩ ص ٣٤٨ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٧١ ب ١٠ ح ١ .

قال في المسالك - بعد أن ذكر صحيحة أبي بصير ^(١) المشتملة على بعث رسول الله ﷺ علياً عليه السلام إلى اليمن ولم ينقل سواها - ما صورته : والأصحاب حكموا بمضمونها وحملوا قوله « وضمنتهم نصيبهم » على النصيب من الولد والام^ة معاً كما لو كان الواطيء واحداً منهم ابتداءً ، فإنه يلحق به ويفرم نصيبهم منهما كذلك ، لكن يشكل الحكم بضمانه لهم نصيب الولد لادعاء كل^ة منهم أنه ولده وأنه لا يلحق بغيره ، ولأن ذلك أنه لا قيمة له على غيره من الشركاء ، وهذا بخلاف ما لو كان الواطيء واحداً ، فإن الولد محكوم بلحقه به ، ولما كان من نماء الأمة المشتركة جمع بين الحقين بإغرامه قيمة الولد لهم وإلحاقه به ، بخلاف ما هنا ، والرواية ليست صريحة في ذلك ، لأن قوله « وضمنتهم نصيبهم » يجوز إرادة النصيب من الام^ة ، لأنه هو النصيب الواضح لهم باتفاق الجميع بخلاف الولد ، ويمكن أن يكون الوجه في إغرامه نصيبهم من الولد ، أن ذلك ثابت عليه بزعمه أنه ولده ، ودعواهم لم يثبت شرعاً ، فيؤاخذ المدعي بإقراره بالنسبة إلى حقهم ، والنصيب في الرواية يمكن شموله لهما معاً من حيث إن الولد نماء أمتهن ، فلكل^ة منهم فيه نصيب سواء الحق به أم لا ، ولهذا يفرم من لحق به نصيب الباقيين في موضع الوفاق ، وعلى كل حال فالعمل بما ذكره الأصحاب متعين ولا يسمع الشك فيه مع ورود النص^ة به ظاهراً وإن احتمل غيره ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن الرواية المذكورة وإن أوهمت ما ذكره من حيث عدم الصراحة في كون ما يفرمه نصيبهم من الولد ، إلا أن صحيحة معاوية بن عمار صريحة في ذلك لقوله « فمن قرع كان الولد ولده ، وترد قيمة الولد على صاحب الجارية » . وحاصله : أن من غلب بالقرعة وخرج اسمه يجب عليه إعطاء شريكه في الجارية حصته من قيمة الولد ، فقوله « قيمة الولد » أي حصته من قيمة الولد ،

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٠ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٨٨ ح ٦ .

وهو أيضاً ظاهر صحيحة سليمان بن خالد وإن عبّر عن القيمة بالدية ، فإنه بعد أن حكم بأن الولد لمن قرع أوجب عليه ثلثي القيمة أي قيمة الولد ، لأن الشركاء ثلاثة كما هو مذکور في صدر الخبر .

وبالجملة فإن ظاهر هذه الروايات المستعملة على القيمة إنما يريد بها قيمة الولد ، لأن سياقها إنما هو في حكم الأولاد لقيمة الجارية ، وإن كان ذلك أيضاً واجباً عليه إلا أنه لم يتعرض له في هذه الأخبار ، وإنما يستفاد من أخبار كما تقدم في كتاب البيع ، وعلى هذا فيمكن أن يقال - في دفع ما ذكره من الاستشكال - أنه لما دلت الأخبار بعد إلحاق الولد به بالقرعة وصيرورته هو الأب الحقيقي بذلك صار في حكم مالو كان الواطئ لها واحداً من الشركاء خاصة ، ويترتب عليه هنا ما ذكر في تلك المسألة ، ودعوى كل من الشركاء - أنه ولده بزعمه بعد خروج القرعة أو أحد معينين - في حكم العدم ، فإن القرعة قد عينت الأب الحقيقي . وقال في كتاب الفقه الرضوي : ^(١) ولو أن رجلين اشتريا جارية وواقعاها جميعاً فأنت بولد لكان الحكم فيه أن يقرع بينهما ، فمن أصابت القرعة الحق به الولد ، ويفرم نصف قيمة الجارية لصاحبه ، وعلى كل واحد منهما نصف الحد . انتهى ، وهذا الخبر قد تضمن قيمة الجارية خاصة .

الرابع : أنه لو وطأها المولى ووطأها أجنبي بالزنا فولدت فإنه لا خلاف في إلحاقه بالمولى ، لأخبار الفرائض المنتظرة وصحيحة سعيد الأعرج ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجلين وقعا على جارية في طهر واحد ، لمن تكون الولد ؟ قال : للذي تكون عنده لقول رسول الله ﷺ : الولد للفراش وللماهر الحجر . وموثقة

(١) فقه الرضا ص ٢٦٢ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٠٠ ب ١١ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٣ وفيه «عنده الجارية» الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٤ .

سماعة^(١) « قال : سألته عن رجل له جارية فوثب عليها ابن له ففجر بها ، قال : قد كان رجل عنده جارية وله زوجة فأمرت ولدها أن يشب على جارية أبيه ففجر بها ، فسأل أبو عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : لا يحرم ذلك على أبيه ، إلا أنه لا ينبغي له أن يأتيها حتى يستبرئها للولد ، فإن وقع فيما بينهما ولد فالولد للأب إذا كانا جامعاهما في يوم واحد وشهر واحد . »

وإنما الاشكال والخلاف فيما لو حصل في الولد أمانة تغلب على الظن " أن الولد ليس من المولى ، قال الشيخ في النهاية : إذا حصل في الولد أمانة يغلب معها الظن " أنه ليس من المولى لم يجر له إلحاقه به ولا نفيه عنه ، وينبغي أن يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الأولاد ، وتبعه على ذلك جملة من الأصحاب منهم المحقق في النافع ، وفي الشرائع نسبه إلى قيل ، وتردد فيه ، والظاهر أنه المشهور .

ويدل عليه من الأخبار ما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن عجلان « قال : إن رجلاً من الأنصار أتى أبا جعفر عليه السلام فقال له : إني قد ابتليت بأمر عظيم ، إني وقعت على جاريته ثم خرجت في بعض حوائجي فأنصرفت من الطريق ، فأصب غلامي بين رجلي البجارية فاعتزلتها فحبلت ثم وضعت جارية لعدة تسعة أشهر ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : إحبس البجارية لاتبعا وأنفق عليها حتى تموت أو يجعل الله لها مخرجاً ، فإن حدث بك حدث فأوص بأن ينفق عليها من مالك حتى يجعل الله لها مخرجاً ، الحديث .

ورواه الكليني والشيخ في التهذيب^(٣) في الصحيح عن عبد الله بن سنان عن

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧٩ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٤ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٣ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٨ ح ١ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٣٠ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٧٩ ح ٥٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٣ ح ١ .

ج ٢٥ فيها لو حصل في الولد اماره تغلب على الظن أنه ليس من المولى ٢٩

أبي عبد الله عليه السلام قال : إن رجلاً من الأنصار أتى أبي - الحديث كما تقدم إلى قوله - حتى يجعل الله لها مخرجاً وفيه أيضاً فقال له أبي عليه السلام : لا ينبغي لك أن تقر بها ولا تنفيها، عوض قوله « فقال له أبو جعفر عليه السلام ، إلخ .

ومارواه في الفقيه والتهذيب^(١) عن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كان بطاً جارية له وأنه كان يبعثها في حوائجها وأنها حبلى وأنه بلغه عنها فساد ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إذا ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ويجعل له نصيباً في داره ، قال : فقيل له : رجل بطاً جارية له وأنه لم يكن يبعثها في حوائجها وأنه اتهمها وحبلت ، فقال : إذا هي ولدت أمسك الولد ولا يبيعه ويجعل له نصيباً من داره وماله ، وليس هذه مثل تلك .

ومارواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن عبد الحميد بن إسماعيل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له جارية يطؤها وهي تخرج في حوائجها فحبلت فخشى أن لا يكون منه ، كيف يصنع ؟ أبيع الجارية والولد ؟ قال : يبيع الجارية ولا يبيع الولد ولا يورثه من ميراثه شيئاً .

وأنت خير بأنته ليس في شيء من هذه الأخبار على تعددها دلالة على ما ذكره الشيخ من اشتراط حصول اماره يغلب معها الظن بأنه ليس من المولى في ترتب ما ذكره من الأحكام التي جعلها حالة وسطى بين الولد والأجنبي ، وغاية ما تدل عليه الأخبار المذكورة هو حصول الزنا منها مع وطء المولى لها أو التهمة لها بالزنا ، وأن هذه الأحكام مترتبة على ذلك ، وفيه ما لا يخفى من الاشكال لما عرفت من الأخبار المتقدمة وأخبار القاعدة المشهورة من أن « الولد للفراش

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ ح ٢ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٣١ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨٢ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٩ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ٢ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٥ ح ٤ .

وللعاهر الحجر^(١) ومحل البحث أحد أفراد القاعدة ومقتضى جميع ذلك حرية الولد وإلحاقه بالأب .

قال في المسالك : القول المذكور للشيخ وأتباعه وأكثر الأصحاب استناداً إلى روايات كثيرة دالة بظاهرها على ذلك لكنها مختلفة الدلالة والاسناد، والواضح السند منها ليس بصريح في المطلوب ، والدال عليه الآخر ضعيف السند، ولكنها أعرضنا عن نقلها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد الشرعية ، والأخبار الصحيحة المتفق عليها^(٢) من أن "الولد للفراش وللعاهر الحجر" وأنه لا عبرة في الولد بمشابهة الأب أو غيره ، ولأن "الولد المذكور إن كان لاحقاً به فهو حر" وارث، وإلا فهو رق ، فجعله طبقة ثالثاً وقسماً آخر ليس بجيد، ومقتضى النصوص أن "الولد يملك الوصية ولا يملكه المولى ولا الوارث ، وهي من خواص الحر ، لكن عدم إلحاقه به ينافي ذلك ، فالأقوى الاعراض عن مثل هذه الروايات ، والأخذ بالمجمع عليه من أن "الولد للفراش حيث تجتمع شرائط إلحاقه به ، انتهى .

أقول: ومن أخبار المسألة ما رواه في التهذيب^(٣) عن جعفر بن محمد بن إسماعيل ابن الخطاب أنه كتب إليه يسأله عن ابن عم له كانت له جارية تخدمه و كان يطؤها ، فدخل يوماً إلى منزله فأصاب معها رجلاً تحدثه فاستراب بها فهدد الجارية فأقرت أن الرجل فجر بها ثم إنتها حبلى فأتت بولد ، فكتب إليه : إن كان الولد لك أوفيه مشابهة منك فلا تبعهما فإن ذلك لا يحل لك ، وإن كان الابن ليس منك ولا فيه مشابهة منك فبعه وبع أمه .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩١ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٩ ح ١٢ و ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٨ ح ٥٨ ب ٣ و ٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٨٠ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٤ ح ٤ .

ج ٢٥ في الأخبار الدالة على إلحاق الولد بأبيه وإن بعد عنه في اللون ونحوه ٣١

و عن يعقوب بن يزيد^(١) في الصحيح قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام في هذا العصر رجل وقع على جاريتته ، ثم شك في ولده ، فكتب عليه السلام : إن كان فيه مشابة منه فهو ولده .

وأنت خبير بما عليه أخبار هذه المسألة من الاختلاف والاضطراب بما لا يقبل الإصلاح ويزيل الارتياح ، فجملتها منها وهو أكثرها على الإلحاق بصاحب الفراش مع العلم بالزنا فضلاً عن التهمة به ، أعم من أن يظهر في الولد مشابته له أم المشابهة للزاني أم لا ، وجملة وافرة ظاهرة في أنه مع التهمة فضلاً عن وقوع الزنا بالفعل يجعل للولد تلك الحالة الوسطى كما هو صريح أكثر هذه الأخبار الأخيرة ، ونحوها مفهوم الأخبار المتقدمة في صدر المسألة كما أشرنا إليه ثمة ، وهذان الخبران قد تضمنتا أنه مع تحقق الزنا يرجع إلى مشابة الولد لولي الجارية وعدمها . مع أن هنا جملة من الأخبار دالة بصريحها على أنه قد يخرج الولد على غاية من البعد عن الأب في اللون ونحوه من الأمور التي جعلوها منشأ للإلحاق به ، وأنه ابنه حقيقة ، وإن كنا لا نهتدي لأسباب عدم المشابهة والاختلاف التام بينهما في الخلق والخلق مثل ما رواه في الكافي^(٢) عن عبد الله بن سنان عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام قال : أتني رجل من الأنصار رسول الله ﷺ فقال : هذه ابنة ممتي وامرأتي لا أعلم إلا خيراً وقد أتتني بولد شديد السواد منتشر المنخرين جمعد قطط ، أفطس الأنف ، لأعرف شبهه في أخوالي ولا في أجدادي ، فقال لامرأته : ما تقولين ؟ قالت : لا والذي بعثك بالحق نبياً ما أقعدت مقعده مني منذ ملكني أحداً غيره ، قال : فنكس رسول الله ﷺ برأسه ملياً ثم رفع بصره إلى السماء ثم أقبل على الرجل فقال : يا هذا إنه ليس من أحد إلا بينه وبين آدم تسعة وتسعون عرفاً كلها تضرب في النسب ، فإذا وقعت النطفة في الرحم اضطربت تلك العروق

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨١ ح ٥٦٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٤ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦١ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٨ ح ١ .

تسأل الله لشبه لها ، فهذا من تلك العروق التي لم يدركها أجدادك ولا أجداد أجدادك ، خذ إليك ابنك ، فقالت المرأة : مرتجت عني يا رسول الله .

ومارواه في الكافي^(١) عن ابن مسكان عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن رجلاً أتى بامرأته إلى عمر فقال : إن امرأتى هذه سوداء وأنا أسود ، وإنتها ولدت غلاماً أبيض ، فقال لمن بحضرته : ما ترون ؟ فقالوا : نرى أن ترجمها ، فإنتها سوداء وزوجها أسود وولدها أبيض ، قال : فجاء أمير المؤمنين عليه السلام وقد وجّه بها لترجم فقال : ما حالكما ؟ فحدثناه ، فقال للأسود : أنتهم امرأتك ؟ فقال : لا ، قال : فأنبتها وهي طامث ؟ قال : قد قالت لي في ليلة من الليالي : إني طامث ، فظننت أنها تتقي البرد فوقعت عليها ، فقال للمرأة : هل أذاك وأنت طامث ؟ قالت : نعم سله قد خرجت عليه وأبيت ، قال : فانطلقا فإنه ابنكما وإنتما غلب الدم النطفة فايض ، ولو قد تحرك أسود فلماً أيفع أسود^(٢) .

و روى المدوق في الفقيه^(٣) ، رسلاً قال : « قال النبي ﷺ : من نعم الله عز وجل على الرجل أن يشبهه ولده » .

قال : وقال الصادق عليه السلام : إن الله تبارك وتعالى إذا أراد أن يخلق خلقاً جمع كل صورة بينه وبين آدم ، ثم خلقه على صورة إحداهن ، فلا يقولن أحد لولد هذا لا يشبهني ولا يشبه شيئاً من آبائي .

أقول : ويمكن تفسير خبر العروق بهذا الخبر ، ومقتضى ذينك الخبرين أنه لو كان الحاكم غير المعصومين عليه السلام هو ففي الولد في هاتين الصورتين عن أبيه عملاً بما دلّ عليه ، وهذان الخبران كما ترى على خلافهما ، فكيف يصح أن يجعل ما اشتمل عليه قاعدة شرعية ، والحال كما عرفت .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ح ٢ .

(٢) أيفع الغلام فهو يافع : إذا شارف الاحتلام ولم يحتلم .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢٢ و ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١٩ ح ٣ و ٤ .

ويمكن الجمع بين الأخبار بحمل خبر جعفر بن محمد بن إسماعيل وصحيحة يعقوب بن يزيد على مورديهما ، رأيتها قضية في واقعة فلا تتعدى إلى غيرها .
وكيف كان فالمسألة لا تخاو من شوب الاشكال وإن كان الأقرب هو اللحق بمن عنده الجارية ، وظاهر السيد السند في شرح النافع الميلى إلى القول المشهور لصحة بعض أخباره حيث قال: وعذر المصنف في العمل بهذه الروايات واضح لصحة بعضها واعتقادها بالبعض الآخر وعمل الأصحاب بها ، دمع ذلك فالمسألة بمحل تردد ، انتهى .

وفيه أن هذه الروايات^(١) سيما ما اشتمل عليه أكثرها من التهمة لا يبلغ قوة المعارضة لما دلت عليه تلك الأخبار لكثرتها وصراحتها في اللحق بصاحب الفرائض ، ولا يحضرني الآن مذهب العامة في هذه المسألة ، فينبغي أن يراجع .
المسألة الثالثة : في وطء الشبهة ، قال في المسالك : لا خلاف في أن وطء

(١) أقول : ومما يؤيد ما ذكرناه من عدم البناء على التهمة ما رواه الصدوق في كتاب اكمال الدين وإتمام النعمة^(٢) عن الحسين بن إسماعيل الكيدري عن أبي طاهر البلالي قال : «كتب جعفر بن حمدان فخرجت إليه هذه المسائل ؛ استحللت بجارية وشرطت عليها أن لا أطلب ولدها ولم ألزمها منزلي ، فلما أتى لذلك مدة قالت قد حبلى ثم أتت بولد ثم أنكرته - إلى أن قال : - فخرج جوابها - يعني عن صاحب الزمان صلوات الله عليه - : وأما الرجل الذي استحل بالجارية وشرط عليها أن لا يطلب ولدها ، فسبحان الله من لا شريك له في قدرته ، شرطه على الجارية شرط على الله ، هذا ما لا يؤمن أن يكون ، وحيث عرض له في هذا شك ، وليس يعرف الوقت الذي أتتها ، فليس ذلك يوجب البراءة من ولده» .

أقول : مرجع كلام السائل إلى أنه شرط العزل عن الجارية ، ومع هذا لم يلتزمها العزل فأتت بولد والحال هذه وهو ظاهر في تهمتها وقد حكم عليه السلام بأن الولد له ، وأن شكه وتهمتها لها ليس بشيء ، وأن اشتراط العزل كما قدمناه غير موجب لنفي الولد عنه .

(منه - قدس سره -)

(٢) اكمال الدين وإتمام النعمة ص ٥٠٠ توقيع ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٩ ب ١٩ ح ١ .

الشبهة كالصحيح في لحوق أحكام النسب ، إنتهى .

أقول : وقد تقدم الكلام في تعريفه وبيان الخلاف في نشر حرمة المصاهرة به في الفصل الثاني في أسباب التحريم ، وأما لحوق ولد الشبهة بالواطىء كما في النكاح الصحيح فيدل عليه مضافاً إلى الاجماع المذكور جملة من الأخبار .
ومنها صحيحة جميل بن دراج^(١) «في المرأة تزوج في عدتها : قال : يفرق بينهما و تعتد عدة واحدة منهما ، فإن جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر فهو للأخير ، وإن جاءت بولد في أقل من ستة أشهر فهو للأول » هكذا في الفقيه ورواه الكليني^(٢) والشيخ^(٣) في الضعيف عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام في المرأة . . . إلخ .

و ما رواه في الكافي^(٤) عن زرارة في الموثق قال : سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال : - قلت : فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها و هو لا يعلم أنها أمها ؟ قال : قد وضع الله عنه بجهالة لذلك ، ثم قال : إذا علم أنها أمها فلا يقربها ، ولا يقرب البنت حتى تنقضي عدة الأم منه ، فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح البنت ، قلت : فإن جاءت الأم بولد ؟ قال : هو ولده وأخو امرأته .
وقد تقدم الكلام^(٥) في أنه لو وطأ أمة الغير بشبهة فولدت الحق الولد بالحر وعليه فكّه بالقيمة لمولى الجارية على خلاف في ذلك .

ومن أفراد نكاح الشبهة ما وتزوج امرأة بظن أنها لازوج لها بموت أو

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠١ ح ٢٤ مع اختلاف يسير .

(٢) لم نعثر عليه في الكافي ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٩ ح ٤١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٧ ح ١٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣١ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٨ ب ٢٦ ح ١ وفيه اختلاف يسير .

(٤) تقدم ذلك في المسألة الرابعة من المطلب الأول من الفصل الرابع في أحكام الإمام .

(٥) منه - قدس سره -

طلاق، فظهر أنه لم يمت أو لم يطلق فإنها ترد على الأول بعد الاعتداد من الثاني، وما أتت من الأولاد بعد تزويج الثاني يلحق بالثاني بالشرائط المتقدمة، هذا إذا كان التزويج بحكم الحاكم أو شهادة الشاهدين، لأن وطء الثاني يكون شبهة مسوّغة للوطء وموجبة للاحاق الولد، وثبوت الاعتداد بعد ظهور الفساد، وأما لو كان التزويج وقع بالعمل بخبر من لا يثبت به الحكم شرعاً كالواحد فإن كان لظن جواز التعويل عليه شرعاً جهلاً منهما بالحكم الشرعي فإنه شبهة أيضاً، وإلا كان ذلك زناً فلامهر ولا يلحق الولد بالواطء ولا عدة عليها منه إلا على القول بوجوبها في الزنا مطلقاً، والظاهر أنه لا خلاف في هذه الأحكام، وعليها يدل أيضاً جملة من الأخبار.

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا نسي الرجل إلى أهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الأول بعد فإن الأول أحق بها من هذا الآخر دخل بها الأول أولم يدخل، ولها من الأخير المهر بما استحل من فرجها.

وزاد في الكافي والتهذيب: وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، وروي هذا المضمون بعدة طرق في كتب الأخبار المشهورة، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة مستوفى في الفصل الثاني.

المقام الثاني: في سنن الولادة وما يستحب فعله بالمولود.

قالوا: والواجب استبداد النساء بالمرأة عند الولادة دون الرجال إلا مع عدم النساء، وأما الزوج فلا بأس به وإن وجد النساء، وعمل وجوب استبداد النساء بها بأن مثل ذلك يوجب سماع صوتها غالباً والاطلاع على ما يحرم عليهم.

وفيه ما تقدم في غير موضع من عدم ثبوت تحريم سماع صوت الأجنبية

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٩ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٥ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٨ ح ١٦٩،

الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٢ ب ١٦ ح ٦٤ و ج ١٥ ص ٤٦٦ ب ٣٧ ح ١.

بل قيام الدليل على جوازه ، نعم التعليل الثاني لا بأس به إن لزم ذلك ، والظاهر جواز ذلك للرجال المحارم إلا أن يستلزم المباشرة لما لا يجوز لهم المباشرة ونظر ما لا يجوز نظره ، ومع الضرورة لتعذر النساء بالكليّة يسقط البحث لأنّ الضرورات تبيح المحظورات كما يستفاد من جملة من الروايات ، وكما صرحوا به من إباحة ذلك للطبيب في وقت الحاجة ولو إلى العورة ، وهذا الوجوب في جميع المراتب كفائي يجب على كل من بلغه حالها من النساء إلى أن يحصل من يقوم به فيسقط عن الباقيين ، وهكذا في الرجال حيث تلجئ الضرورة إليهم .

وأما السنن التي أشرنا إليها (فمنها) إخراج من في البيت من النساء وقت الولادة ، وهو حكم غريب لم أقف في كلام الأصحاب ، وقد رواه في الكافي والفقهاء^(١) عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال : كان علي بن الحسين عليه السلام إذا حضرت ولادة المرأة قال : أخرجوا من في البيت من النساء لا يكون أول ناظر إلى عورة .

قال في الوافي^(٢) : يعني لا يكون أول من ينظر إليه امرأة ويقع نظرها إلى عورته منه ، فإنّهم ينظرون أولاً إلى عورته ليعلم أنّه ذكر أو أنثى ، بل ينبغي أن يقع عليه أولاً نظر رجل وأن ينظر منه إلى غير عورة .

(ومنها) الأذان في اذن المولود اليمنى والاقامة في اليسرى ، روى في الكافي^(٣) عن أبي يحيى الرازي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا ولد لكم المولود أي شيء تصنعون به ؟ قلت : لا أدري ما نصنع به ، قال : فخذ عدسة من جاشير فديفه بماء ثم قطّر في أنفه في المنخر الأيمن قطرتين وفي الأيسر قطرة واحدة ، و اذن في اذنه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٦٥ ح ٢٨ وفيه «لا تكون المرأة أول ناظر إلى عورته» ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١١٩ ب ١٨ ح ١ .

(٢) الوافي ج ٣ ص ٢٠٠ ب ٢١١ من أبواب النكاح .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٦ ح ٢ وفيهما «فدفعه» ، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٧ ب ٣٥ ح ٢ .

اليمنى وأقم في اليسرى تفعل به ذلك قبل قطع سرتة، فإنه لا يصح أبداً ولا تصيبه أم الصبيان» قوله «فخذ عدسة» أي مقدار عدسة .

وعن حفص الكناسي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : مروا القابلة أو بعض من يليه أن تقيم الصلاة في أذنه اليمنى .

وعن السكوئي^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة و ليقم في اليسرى فإنه عصمة من الشيطان الرجيم .

و روى في الفقيه^(٣) مرسلاً قال : «قال الصادق عليه السلام : المولود إذا ولد يؤذن في أذنه اليمنى ويقام في اليسرى» والظاهر حمل رواية حفص على الرخصة .

(ومنها) تخنيكه بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام قالوا : فإن لم يوجد ماء الفرات فبماء قراح، ولولم يوجد إلا ماء ملح جعل فيه شيء من التمر أو العسل. والذي دقت عليه من الأخبار هنا ما رواه في الكافي^(٤) عن يونس عن بعض أصحابه عن أبي جعفر عليه السلام قال : يحنك المولود بماء الفرات ويقام في أذنه .

قال : وفي رواية أخرى^(٥) «حنكوا أولادكم بماء الفرات وتربة الحسين عليه السلام وإن لم يكن فبماء السماء» .

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ٢٣ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٧ ب ٣٥ ح ٣ .
 (٢) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ٦، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٧ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٦ ب ٣٥ ح ١ .
 (٣) الفقيه ج ١ ص ١٩٥ ح ٤٩، الوسائل ج ٤ ص ٦٧٢ ح ٢ .
 (٤) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٨ ح ٢ .
 (٥) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٨ ح ٣ .

و عن أبي بصير^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: حنكوا أولادكم بالتمر، هكذا فعل النبي صلى الله عليه وآله بالحسن والحسين عليهما السلام.

وروى في كتاب عيون أخبار الرضا^(٢) بسنده فيه عن أم الرضا عليه السلام تقول في حديث: لما وضعت ابني علياً دخل علي أبو موسى بن جعفر عليه السلام فناولته إياه في خرقة بيضاء فأذن في أذنه اليمنى وأقام في اليسرى ودعا بماء الفرات فحنكه به ثم رده إلي فقال: خذيه فإنه بقيّة الله في أرضه.

وفي كتاب الفقه الرضوي^(٣) كما سيأتي نقل كلامه التحنيك بالعلس وهو مستند الأصحاب فيما قدمنا نقله عنهم، لكن الظاهر أنهم أخذوا ذلك من كلام الصدوقين اللذين من عادتهما الاقتناء بعبارات هذا الكتاب كما عرفته.

وروى في الفقيه^(٤) عن الرضا عليه السلام عن آبائه عن علي بن الحسين عليه السلام عن أسماء بنت عميس عن فاطمة عليها السلام قالت: لما حملت بالحسين عليه السلام ولدت له جاء النبي صلى الله عليه وآله فقال: يا أسماء هلمّي ابني، فدفعته إليه في خرقة صفراء فرمى بها النبي صلى الله عليه وآله وأذن في أذنه اليمنى وأقام في أذنه اليسرى.

أقول: التحنيك لإدخال ذلك إلى حنكه وهو أعلى داخل الفم، وأنت خير بأن أكثر الأخبار اشتمل على استحباب الأذان في الأذن اليمنى والاقامة في الأذن اليسرى وبعضها اشتمل على الاقامة في الأذن اليمنى خاصة، والظاهر أنه محمول على الرخصة، وإن كان الأفضل الأول.

ثم إن المستفاد من هذه الأخبار هو استحباب التحنيك بماء الفرات، وهو

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٦ ح ٥ وفيه «أبي بصير قال: قال أمير المؤمنين»، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٧ ح ١.
- (٢) عيون أخبار الرضا ج ١ ص ١٦ ح ٢ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٨ ح ٤.
- (٣) فقه الرضا ص ٢٣٩.
- (٤) عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٤ ح ٥ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٨ ح ٥.

النهر المشهور ، ومع عدمه فبماء المطر ، والأصحاب ذكروا أنه مع عدمه فبماء عذب ، ومع تعذره بأن كان مالحاً يوضع فيه التمر أو العسل ، ولم أقف فيه على نص ، و الذي يقتضيه الجمع بين هذه الأخبار أنه يحنك بماء الفرات و إلا فبماء المطر يوضع فيه شيء من التربة وشيء من حلاوة التمر أو العسل فيحصل العمل بالجميع .
(ومنها) غسل المولود ، وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الطهارة^(١) .

(ومنها) أن يسميه بأحد الأسماء المستحسنة وأفضلها ما يتضمن العبودية لله و يليها في الفضل أسماء الأنبياء والأئمة ، كذا ذكره جملة من الأصحاب ، منهم المحقق والعلامة .

أقول : ما ذكره من الأفضل ما تضمن العبودية لله و يليها في الفضل أسماء الأنبياء والأئمة عليهم السلام لم نقف عليه فيما وصل إلينا من نصوص المسألة .

و منها ما رواه في الكافي^(٢) عن ثعلبة بن ميمون عن رجل قد سماه عن أبي جعفر عليه السلام قال : أصدق الأسماء ما سمي بالعبودية وأفضلها أسماء الأنبياء .
وعن موسى بن بكر^(٣) عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال : أول ما يبر الرجل ولده أن يسميه باسم حسن ، فليحسن أحدكم اسم ولده .

وعن عبدالله بن الحسين^(٤) بن زيد بن علي بن الحسين عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : استحسنوا أسماءكم فإنيكم تدعون بها يوم القيامة ، قم يا فلان بن فلان إلى نورك ، قم يا فلان بن فلان لا نور لك .

(١) ج ٤ ص ١٨٩ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٨ ح ١١ مع زيادة ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٤ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٧ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٢ ب ٢٢ ح ٢ .

وعن أحمد^(١) عن بعض أصحابنا عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدًا ، فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا وإن شئنا تركناه .
وعن فلان بن حميد^(٢) أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام وشاوره في إسم ولده ، فقال :
سمه بأسماء من العبودية ، فقال : أي الأسماء هو ؟ فقال : عبد الرحمن .

وعن عاصم الكوزي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أن النبي صلى الله عليه وآله قال : من ولد له أربعة أولاد لم يسم أحدهم باسمي فقد جفاني .

وعن سليمان بن جعفر الجعفري^(٤) قال : سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول : لا يدخل الفقر بيتاً فيه إسم محمد أو أحمد أو علي أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبد الله أو فاطمة من النساء .

ويستفاد من بعض الأخبار إستحباب التسمية قبل الولادة وإلا فبعد الولادة حتى السقط ، فروى في الكافي^(٥) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن جده عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : سموا أولادكم قبل أن يولدوا ، فإن لم تدرؤا أن ذكر أم أنثى فسموهم بالأسماء التي تكون للذكر والأنثى ، فإن أسفاطكم إذا لقوكم في القيامة ولم تسموهم يقول السقط لأبيه ألا سميتني وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وآله محسناً قبل أن يولد .

وروى الحميري في كتاب قرب الأسناد^(٦) عن السندي بن محمد عن أبي البخري

(١) الكافي ج ٦ ص ١٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٧ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٥ ب ٢٤ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٥ ب ٢٣ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٦ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٨ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٨ ب ٢٦ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢١ ح ١ .

(٦) قرب الإسناد ص ٧٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٢ ب ٢١ ح ٢ .

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : سمّوا أسقاطكم فإنّ الناس إذا دعوا يوم القيامة بأسمائهم تعلّق الأسقاط بآبائهم فيقولون لم لم تسمّونا ؟ فقالوا : يا رسول الله هذا من عرفنا أنّه ذكر سمّيناه باسم الذكور ومن عرفناه أنّها أنثى سمّيناه باسم الاناث ، أرايت من لم يستبج خلقه كيف نسمّيه ؟ قال : بالأسماء المشتركة مثل زائدة وطلحة وعنبسة وحمزة .

أقول : الظاهر أنّ المراد منه ما اقترن بقاء التأنيث من أسماء الرجال فإنّه صالح لكلّ منهما ، والمستفاد من أكثر الأخبار كما سيأتي إنّ شاء الله تعالى في أخبار سنن اليوم السابع اختصاص استحباب التسمية باليوم السابع ، وأكثر ما ذكرنا من الأخبار هنا مطلقا لمنافاة فيه .

وإنّما الاشكال في الخبرين الأخيرين ، والظاهر عندي في الجمع بين هذه الأخبار هو حمل استحباب التسمية قبل الولادة أي التسمية بمحمّد وأنه يستمرّ على هذه التسمية إلى اليوم السابع ، فإن شاء استمرّ وإن شاء غير كما دلّ عليه الخبر المرسل المتقدم .

وأما السقط فإنّه بعد ولادته سقطاً يسمّيه بعد الولادة للعلّة المذكورة في الخبر ، ويكون هذا مستثنى من أخبار المسألة ، ثمّ في اليوم السابع يستحبّ له التسمية بما شاء دلّت عليه تلك الأخبار إنّ أراد التغير عن اسم محمد الذي قلنا أنّه يستحبّ تسميته به قبل الولادة .

(ومنها) تكتيته ، إلّا أنّ منها ما يستحبّ ومنها ما يكره ، والكنية - بضم الكاف - من الأعلام ما صدر بأب أو أم ، ومن الأخبار الدالة على ذلك ما رواه في الكافي ^(١) عن معمر بن خنيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه : قال : إنّنا لنكنّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩ ح ١١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٩ ب ٢٧

أقول : فيه إشارة إلى قوله تعالى «ولا تباذروا بالألقاب»^(١) و المراد بالنبز اللقب السوء .

وروى في الكافي^(٢) عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من السنة والبر أن يكنى الرجل باسم ابنه .

وعن السكوني^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن أربع كنى عن أبي عيسى وعن أبي الحكم وعن أبي مالك وعن أبي القاسم إذا كان الاسم محمداً . وعن زرارة^(٤) قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إن رجلاً كان يعشي علي ابن الحسين عليه السلام كان يكنى أبا مرة ، وكان إذا استأذن عليه يقول : أبو مرة بالباب ، فقال له علي بن الحسين عليه السلام : يا هذا إذا جئت بابناً فلا تقولن أبو مرة .

(ومنها) أن لا يسمي ببعض الأسماء كما رواه في الكافي^(٥) عن حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : إن رسول الله صلى الله عليه وآله دعا بصحيفة حين حضره الموت يريد أن ينهي عن أسماء يسمي بها فقبض ولم يسمها ، منها : الحكم وحكيم و خالد ومالك وذكر أنها ستة أو سبعة مما لا يجوز أن يسمي بها .

وعن محمد بن مسلم^(٦) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : إن أبغض الأسماء إلى الله حارث ومالك و خالد .

(١) سورة الحجرات - آية ١١ .

(٢) الكافي ج ٢ ص ١٦٢ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢٩ ب ٢٧ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢١ ح ١٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٩ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٣١ ب ٢٩ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢١ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٣١ ب ٢٩ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٠ ح ١٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٩ ح ١٥ وفيه «حماد عن الحلبي» الوسائل ج ١٥ ص ١٣٠ ح ١ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٢١ ح ١٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٩ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٠ ح ٢ .

وعن صفوان^(١) رفعه عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قال: هذا عهد قد أذن لهم في التسمية به، فمن أذن لهم في «ياسين» يعني التسمية به، وهو اسم النبي عليه السلام.
و روى الصدوق في الخصال^(٢) عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله عليه السلام: ألا إن خير الأسماء عبد الله وعبد الرحمن وحارثة و همام، و شر الأسماء ضرار و مرة و حرب و ظالم، قال في المسالك^(٣) - بعد أن ذكر المصنف أن من جملة الأسماء المنهي عن التسمية به ضراراً - ماصورته: وليس في الأخبار تصريح بالنهاي عن ضرار بخصوصه، لكنّه من الأسماء المنكرة، وهو غفلة منه عن الاطلاع على هذا الخبر حيث إنه ليس في الكتب الأربعة .

وروى الكشي في كتاب الرجال^(٤) عن علي بن عنبسة قال: قال أبو عبد الله لعبد الله بن أعين: كيف سميت ابنك ضريساً؟ قال: كيف سمّاك أبوك جعفرأ؟ قال: إن جعفرأ نهر في الجنة، وضريس اسم شيطان .

(ومنها) سنن اليوم السابع من ولادته، وهي مارواه في الكافي^(٥) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المولود قال: يسمّى في اليوم السابع ويعق عنه و يحلق رأسه ويتصدق بوزن شعره فضة، و يبعث إلى القابلة بالرجل مع الورك و يطعم منه ويتصدق .

وعن أبي بصير^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا ولد لك غلام أوجارية فمق

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٣٠ ح ٣.

(٢) الخصال ص ٢٥٠ ح ١١٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٣١ ح ٥.

(٣) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٨.

(٤) الكشي ص ١١٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٣١ ح ٦.

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٩ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٩ ح ١.

(٦) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٥١ ح ٧.

عنه يوم السابع شاة أو جزوراً و كُـل منهما وأطعم وسمّ واحلق رأسه يوم السابع و تصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة و اعط القابلة طائفاً من ذلك ، فأَيّ ذلك فعلت فقد أجزأك .

أقول : الظاهر أن المراد بقوله «أَيّ ذلك» بالنسبة إلى ما خيّر فيه من من الشاة أو الجزور والفضة أو الذهب .

و عن أبي الصباح الكناني^(١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصبي المولود متى يذبح عنه و يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره و يسمّى؟ قال : كل ذلك في يوم السابع .

و عن عمار بن موسى^(٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن العقيقة عن المولود و كيف هي؟ قال : إذا أنى للمولود سبعة أيام سمّي بالاسم الذي سمّاه الله ، ثم يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضة ، و يذبح عنه كبش ، وإن لم يوجد كبش أجزأه ما يجزي في الاضحية ، و إلا فحمل أعظم ما يكون من حلان السنة ، و يعطي القابلة ربعا ، وإن لم تكن قابلة فلاّمه ، تعطى من شاءت و تطعم منه عشرة من المسلمين ، فإن زادوا فهو أفضل و تأكل منه ، و العقيقة لازمة إن كان غنياً أو فقيراً إذا أيسر فعل ، و إن لم يعق عنه حتى ضحّي عنه فقد أجزأته الاضحية ، و قال : إن كانت القابلة يهوديّة لا تأكل من ذبيحة المسلمين اعطيت قيمة ربع الكبش ، و في الفقيه «فإن زاد فهو أفضل» و ليس فيه «و تأكل منه» و في نسخ التهذيب « و لا تأكل منه » .

و قال في كتاب الفقه الرضوي^(٣) « فإذا ولد فأذن في اذنه الأيمن و أقم

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٣ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠ ح ٤ .

(٣) فقه الرضا ص ٢٣٩ مع اختلاف يسير .

في اذنه الأيسر وحنكه بماء الفرات إن قدرت عليه أو بالعسل ساعة يولد، وسمه بأحسن الاسم، وكنهه بأحسن الكنى، ولا يكنى بأبي عيسى ولا بأبي الحكم ولا بأبي الحارث ولا بأبي القاسم إذا كان الاسم مجداً، وسمه اليوم السابع، واختنه، وانقب اذنه واحلق رأسه، وزن شعره بعد ما تحلقه بقضة أو بالذهب وتصدق بها وعق عنه كل ذلك يوم السابع ثم ذكر أحكام العقيقة كما سننقله كمالاً في موضعه إن شاء الله تعالى.

و ظاهر بعض الأخبار أنه لو لم يحلق في اليوم السابع سقط الاستحباب، رواه الكليني^(١) في الصحيح عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن مولود يحلق رأسه بعد يوم السابع، فقال: إذا مضى سبعة أيام فليس عليه حلق. (ومنها) حلق الرأس كمالاً فلا يترك له قنازع فإنه مكروه كما تكاثرت به الأخبار، فروى في الكافي^(٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تحلقوا الصبيان الفزع، والفزع أن يحلق موضعاً ويدع موضعاً». قال في الوافي^(٣): «و في بعض النسخ «لا تحلقوا الصبيان» - بالخاء المعجمة والفاء - والنسخة الأولى تكون على حذف مضاف، أي لا تحلقوا الصبيان حلق الفزع، والفزع - بالتحريك - قطع من السحاب واحداً فزعة سمى حلق بعض رأس الصبي وترك بعضه في مواضع متعددة الفزع تشبيهاً بقطع السحاب المتفرقة، ويقال: القنازع أيضاً كما في بعض الأخبار الآتية إن شاء الله، و واحدتها قنزعة بضم القاف والزاي وفتحهما وكسرهما.

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٦ ح ٥٠ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٩ ب ٦٠ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٧ ح ٥٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٣ ب ٦٦ ح ١ مع اختلاف يسير.

(٣) الوافي ج ٣ ص ٢٠٦ ب ٢١٨.

و روى في الكافي^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أتى النبي صلى الله عليه وآله بصبي يدعو له وله قنازع فأبى أن يدعو له ، وأمر أن يحلق رأسه .

وربما نافي ماورد في الكراهة في هذين الخبرين ما روي من ثبوت القنازع للحسن والحسين رضي الله عنهما كما رواه في الكافي^(٢) عن الحسين بن خالد قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن التهنة بالولد متى ؟ قال : إن شاء ولد الحسن بن علي عليه السلام يبط جبرئيل بالتهنة على النبي صلى الله عليه وآله في اليوم السابع وأمره أن يسميه ويكنيه ويحلق رأسه ويعق عنه وينقب أذنه ، وكذلك كان حين ولد الحسن عليه السلام أتاه في اليوم السابع فأمره بمثل ذلك ، قال : وكان لهما ذؤابتان في القرن الأيسر وكان الثقب في الأذن اليمنى في شحمة الأذن ، وفي اليسرى في أعلى الأذن ، فالقرط في اليمنى والشنف في اليسرى - قال في الكافي^(٣) : - « وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله ترك لهما ذؤابتين في وسط الرأس وهو أصح من القرن » .

و قد ذكر بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين للجمع بين هذا الخبر وما قبله وجوهاً لا تخلو من التكلف والبعد ، والأقرب أن يقال في ذلك إن الأخبار الدالة على الكراهة منصوصة بما إذا كان ما يترك بغير حلق في مواضع متفرقة ، لا في موضع واحد ، ويؤيده أن ظاهر كلام أهل اللغة تخصيص إسم القنازع بما إذا كان كذلك ، وما ذكر في خبر الحسن والحسين رضي الله عنهما إنما هو في موضع واحد .

قال في النهاية الأثيرية :^(٤) في الحديث أنه نهى عن القنازع وهو أن

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٧ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٣ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٩ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٤ ذيل ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٤ ح ٥ .

(٤) النهاية لابن الأثير ج ٤ ص ١١٢ .

يؤخذ بعض الشعر ويترك منه مواضع متفرقة لا يؤخذ كالقزع .
وقال في القاموس^(١) : وأما نهى النبي ﷺ عن القنزاع فهو أن يؤخذ
الشعر ويترك منه مواضع .

إلا أنه ربما أشكل ذلك بما رواه في الكافي^(٢) عن القداح عن أبي عبد الله
عليه السلام أنه كان يكره القزع في رؤوس الصبيان ، وذكر أنه القزع أن يحلق
الرأس إلا قليلاً ويترك وسط الرأس يسمى القزعة ، وفي بعض النسخ حذف قوله
« ويترك » وبذلك يظهر بقاء المسألة في زاوية الاشكال إلا أن يقال باختصاص
ذلك بهما ﷺ .

(ومنها) ثقب الأذن ، واستجابته متفق عليه بين الأصحاب ويدل عليه جملة
من الأخبار منها ما تقدم في حديث الحسن والحسين ﷺ^(٣) وما تقدم من كلامه
عليه السلام في كتاب الفقه^(٤) و ما رواه في الكافي^(٥) عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبد الله
عليه السلام قال : إن ثقب أذن الغلام من السنة ، و ختانه لسبعة أيام من السنة «
و عن عبد الله بن سنان^(٦) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن ثقب
أذن الغلام من السنة و ختان الغلام من السنة » .

وما رواه الصدوق^(٧) عن السكوني قال : قال النبي ﷺ : يا فاطمة اتقبي
أذني الحسن و الحسين ﷺ خلائاً لليهود « و نقل عن بعض العامة تحريمه لما

(١) القاموس المحيط ج ٣ ص ٧٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٤ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٣ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٩ ح ٢ .

(٤) فقه الرضا ص ٢٣٩ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٣٥ ذيل ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٩ ح ١ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٣٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٠ ح ٣ وليس فيهما «ان» .

(٧) الفقيه ج ٣ ص ٣١٦ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٠ ح ٤ .

فيه من تأليم الولد وإثمه أذى لم يؤذن فيه .

و فيه أن الاذن قد ظهر من هذه الأخبار ، واستمرت عليه سيرة الناس في سائر الأعصار والأمصار ، قال في المسالك^(١) - بعد الاستدلال برواية الحسين ابن خالد ونقل كلام هذا البعض من العامة - ما لفظه: فإن صح حديثنا أو جبرته الشهرة فهو الاذن ، وإلا فما قال موجه .

وفيه أن صحيحة عبدالله بن سنان قد صرحت به ، ولكنّه لم يقف عليها ، وإلا لذكرها ولم يتعرض لهذا الكلام .

بقي الكلام في أن ظاهر إطلاق كلام الأصحاب حصول السنة بثقب اذن واحدة ، وهو ظاهر إطلاق رواية مسعدة بن صدقة وصحيحة عبدالله بن سنان وصريح روايتي الحسين بن خالد والسكوني الواردين في الحسنين عليهما السلام حصول ذلك في الاذنين ، والظاهر حمل إطلاق ماعداهما عليهما فيكون السنة في ثقب الاذنين ، ولم أقف على من تعرض لذلك من الأصحاب .

(ومنها) الختان ، وعده الأصحاب من مستحبات اليوم السابع أيضاً ، وقد تقدم ما يدل عليه .

ويدل عليه أيضاً ما رواه في الكافي^(٢) عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام : قال: اختنوا أولادكم لسبعة أيام فإنه أطهر وأسرع لنبات اللحم وإن الأرض لتكره بول الأغلف » ونحوه ما تقدم في حديث مسعدة بن صدقة .

وعن السكوني^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام : قال : قال رسول الله ﷺ : طهروا

(١) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٤ ، ح ٤١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦١ ج ٥ وما في المصادر «عن مسعدة بن صدقة» وهناك رواية عن السكوني قريبة منها بالمعنى نقلها: الكافي ج ٦ ص ٣٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦١ ح ٤
(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦١ ح ٤ .

أولادكم يوم السابع فإنه أطيب وأظهر وأسرع انبات اللحم، وإن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً .

وعن عبدالله بن جعفر^(١) في الصحيح أنه كتب إلى أبي محمد علي بن الحسن عليه السلام أنه روى عن الصادق أن اختنوا أولادكم يوم السابع يطهروا، وأن الأرض تنجس إلى الله من بول الأغلف، وليس جعلت فداك لحجامة بلدنا حدق بذلك، ولا يختنونه يوم السابع وعندنا حجامة اليهود، فهل يجوز لليهود أن يختنوا أولاد المسلمين أم لا؟ فوقع عليه السلام: السنة يوم السابع فلا تخالفوا السن إن شاء الله .

وعن علي بن يقطين^(٢) في الصحيح قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن ختان الصبي لسبعة أيام من السنة هو أو يؤخر، وأيها أفضل؟ قال: لسبعة أيام من السنة وإن أخر فلا بأس .

وعن المغيرة^(٣) ممن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المولود يعق عنه ويختن لسبعة أيام .

إذا تقرر ذلك فاعلم أن تمام تحقيق الكلام في هذا المقام يقع في مواضع: الأولى: لاختلاف بين علماء الاسلام، كما ادعاه جملة من الأعلام في أنه يجب الاختتان بعد البلوغ، وإنما الخلاف فيما قبله، فذهب الأكثر إلى أنه كغيره من التكليف التي لا تجب إلا بالبلوغ، والأصل براءة ذمة الولي من هذا التكليف، ونقل عن العلامة في التحرير أنه قال: ولا يجوز تأخيره إلى البلوغ .

قال السيد السند في شرح النافع: وربما كان مستنده الروايات المتضمنة لأمر الولي بذلك، وهو ضعيف للتصريح في صحيحة علي بن يقطين بأنه لا بأس

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٥ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٦ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٥ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٦ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٥ ح ٢ .

بالتأخير ، إنتهى .

و فيه أن الظاهر من الصحيحة المذكورة إنما هو أنه لا بأس بالتأخير عن السابع، بمعنى أنه لا يتحتّم له فعله وجوباً أو استحباباً في اليوم السابع بل يجوز التأخير عنه، والقائل بالوجوب إنما أراد به الوجوب الموسّع إلى ما قبل البلوغ فيتضيّق حينئذٍ ، وعلى هذا فلا تكون الرواية منافية لتلك الأخبار التي استند إليها ذلك القائل بالوجوب، وليس المراد أنه لا بأس بالتأخير إلى البلوغ لئتمّ ما ذكره .
نعم يمكن الاستدلال على الاستحباب بالأخبار الدالة على أنه من السنن .

مثل ما رواه في الكافي^(١) عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ختان الغلام من السنة وخفض الجوارى ليس من السنة» وما تقدم في رواية مسعدة بن صدقة^(٢) من قوله عليه السلام «ثقب اذن الغلام من السنة ، وختانه لسبعة أيام من السنة» فجعله في قرن ثقب الاذن ظاهر في كونه مثله في الاستحباب ، إلا أن باب المناقشة غير مسدود ، وظاهر المحقّق في الشرايع^(٣) الميل إلى هذا القول أيضاً حيث قال : «وأما الختان فمستحب يوم السابع ، ولو اختر جاز ، ولو بلغ ولم يختن وجب أن يختن نفسه ، والختان واجب وخفض الجوارى مستحب .

قال في المسالك^(٤) - بعد أن ذكر أنه هل أول وقت وجوبه قبل التكليف بحيث إذا بلغ الصبي يكون قد اختتن قبله ولو بقليل ، أم لا يجب إلا بعد البلوغ كغيره من التكليفات المتعلقة بالمكلف - ما صورته: يظهر من عبارة المصنّف الأول، لاطلاق حكمه عليه بالوجوب و لا ينفيه حكمه باستحبابه يوم السابع ، لأنّ الوجوب على هذا القول موسّع من حين الولادة إلى أن يقرب التكليف ، و على

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٧ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٩ ح ١ .

(٣) شرايع الإسلام ص ١٧٥ .

(٤) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٨ .

هذا فيكون فعله يوم السابع أفضل أفراد الواجب ، ولأجل ذلك اطلق عليه الاستحباب كما يقال : يستحب صلاة الفريضة في أول وقتها ، وعلى هذا فيكون الوجوب متعلقاً بالولي فإن لم يفعل إلى أن بلغ الصبي أتم ، وتعلق الوجوب حينئذ بالصبي ، وبهذا القول صرح في التحرير ، انتهى .

أقول: ما ذكره جيد ، إلا أنه لا يتحتم حمل العبارة المذكورة عليه بحيث لا يمكن احتمال غيره ، إذ من الجائز أن يكون قوله «والختان واجب» وهو الذي أشار إليه بقوله «لاطلاق حكمه عليه بالوجوب» إنما هو بالنسبة إلى ما بعد البلوغ ، فإنه لما ذكر أولاً أن «الختان مستحب» يوم السابع ولو آخر جاز ، وعلم منه استحباب الختان بعد الولادة وأن الفضل في اليوم السابع ذكر حكم الختان بعد البلوغ بقوله «ولو بلغ ولم يختن وجب عليه أن يختن نفسه» وقوله «والختان واجب» يعني بعد البلوغ .

و بالجملة فإن هذه الجملة متعلقة بما قبلها مما يدل على وجوبه بعد البلوغ ولا ارتباط لها بصدر العبارة الدالة على استحبابه بعد الولادة . وكيف كان فالظاهر هو القول المشهور ، فإن التمسك بالأصل أقوى متمسك حتى يقوم دليل واضح على الخروج عنه ، والأمر في الروايات المتقدمة غير ظاهر في الوجوب سيما بالنظر إلى تلك التعليقات التي اشتملت عليها تلك الأخبار ، فإنها بالحمل على الاستحباب أنسب كما وقع نحوه في غير هذه المسألة .

قال في المسالك^(١) - في تعليل قول المشهور - : وجه الثاني أن «الختان شرط في صحة الصلاة ونحوها من العبادات ، فلا يجب إلا مع وجوب الشروط ، ولو سلم أنه واجب لنفسه فمتعلقه المكلف والأصل براءة ذمة الولي من فعله ، والأمر قبل البلوغ محمول على الاستحباب ، انتهى .

أقول: أما ما ذكره من أن «الختان شرط في صحة الصلاة فلا يحضري دليل يدل عليه ولا نص» يوجب المصير إليه ، واستدل بعضهم على ذلك بنجاسة الجلدة

الساترة فإنها لوجوب قطعها في حكم الميتة ، وضعفه أظهر من أن يخفى . نعم ما ذكره بعد ذلك جيد كما أشرنا إليه.

الثاني : لا خلاف بين الأصحاب في استحباب ذلك في النساء ، وليس بواجب إجماعاً ، ويعبر عنه بالخفض بالنسبة إلى النساء والختان بالنسبة إلى الرجال .

فروى في الكافي^(١) عن عبدالله بن سنان في الصحيح «قال: ختان الغلام من السنة وخفض الجوارى ليس من السنة» .

و عن السكوني^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : خفض النساء مكرومة ، ليست من السنة ولا شيئاً واجباً ، وأي شيء أفضل من المكرومة» قال بعض مشايخنا : مكرومة أي موجبة لحسنها وكرامتها عند زوجها ، والمعنى ليست من السنن بل من التطوعات . أقول : ويؤيده ما يأتي إن شاء الله تعالى في حديث أم حبيب .

وعن عبدالله بن سنان^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام «قال : الختان سنة في الرجال و مكرومة في النساء » .

و عن أبي بصير^(٤) « قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجارية تسبى من أرض الشرك فتسلم فتطلب لها من يخفضها، فلا تقدر على امرأة؟ فقال : إنما السنة في الختان على الرجال، وليس على النساء » .

وروى الفقيه^(٥) عن غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام « قال:

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٧ ح ٢ وفيه «وخفض الجارية» .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٦ وفيه «خفض الجوارى» ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٧ ح ٣ وما في المصادر «عن مسعدة بن صدقة» .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٨ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٦ ح ٤٨ وفيه «وليست» ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٦ ب ٥٦ ح ١ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٣ ح ٨ .

قال علي عليه السلام : لا بأس أن لا تختن المرأة ، فأما الرجل فلا بد منه .

وروى الشيخ في التهذيب ^(١) عن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام : قال : لا تخفض الجارية حتى تبلغ سبع سنين ، وفي هذا الخبر دلالة على أن وقت الخفض في النساء بلوغ السبع وفي الذكور اليوم السابع .

وروى محمد بن مسلم ^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : لما هاجرت النساء إلى رسول الله ﷺ هاجرت فيهن امرأة يقال لها أم حبيب ، وكانت خافضة تخفض الجواري ، فلما رآها رسول الله ﷺ قال لها : يا أم حبيب العمل الذي كان في يدك هو في يدك اليوم ؟ قالت : نعم يا رسول الله ﷺ إلا أن يكون حراماً فتنهاني عنه ، فقال : لا ، بل حلال فادني مني حتى أعلمك ، قالت : فدس منه فقال : يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا تهتكى - أي لا تستأصلي - فإنه أشرق للوجه وأحظى عند الزوج ، الحديث .

وبالجملة فالحكم للذكر والأنثى معلوم كما عرفت ، وإنما يبقى الكلام في الخنثى ، قال في المسالك ^(٣) : وأما الخنثى فإن الحق بأحدهما لحقه حكمه ، وإن اشكل أمره ففي وجوبه في حقّه وتوقف صحّة صلاته عليه وجهان : من الشك في ذكوريته التي هي مناط الوجوب ، معتضداً بأصالة البراءة ، ولاشتماله على تأليم من لا يعلم وجوبه عليه ، ومن انحصار أمره فيهما ، فلا يحصل اليقين بصحة العبادة بدونه ، ولأنّه مأخوذ بمراعاة الجانبين حيث يمكن ، ولدخوله في عموم قوله ﷺ « الختان من الفطرة الحنفيّة » وقولهم ﷺ ^(٤) « اختنوا أولادكم

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٦٠ ح ١٥٤ ، الوسائل ج ١٢ ص ٩٣ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٨ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٦ ح ٤٩ ، الوسائل ج ٦ ص ٣٦٠ ح ١٥٦ وج ١٢ ص ٩٢ ح ١ وفيه اختلاف يسير .

(٣) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٥ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٠ ح ١ .

يوم السابع يطهروا « لأن لفظ الأولاد يشمل الجميع خرج منه الاناث بدليل من خارج فيبقى الباقي ، ولاريب أن هذا أولى ، إنتهى .
أقول: أما التعليل بتوقف صحة الصلاة عليه فعليل ، لماعرفت من عدم قيام دليل عليه ، وإن اشتهر ذلك بينهم .

و أما التمسك بإطلاق هذه الأخبار ففيه أن إطلاق الأخبار إنما ينصرف إلى الافراد المتكررة المتعارفة ، فإنها هي التي ينصرف إليها الاطلاق دون الفروض النادرة التي ربما لا توجد إلا فرضاً ، ومع تسليم شموله لها فإنه يجب تخصيصه بما دل من الأخبار على اختصاص ذلك بالذكر من الأولاد دون الاناث ، والخنثى ليست بذكر ، وبالجمله فالظاهر إنما هو الوجه الأول من كلامه .

الثالث : قد عرفت أنه قد ادعى الاجماع من علمائنا الاعلام على وجوب الختان على البالغ ، ولأعرف لهم دليلاً واضحاً ولا معتمداً صريحاً غير هذا الاجماع المدعى ، مع أن أكثر النصوص مصرح بالاستحباب ، وها أنا أتلو عليك ماوقفت عليه من الأخبار في هذا الباب .

فمنها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن هشام بن سالم عن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من الحنيفية الختان .

وما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من سنن المرسلين الاستنجاء والختان « وقد تقدم قريباً في روايه عبد الله بن سنان^(٣) «أن الختان سنة في الرجال و مكرمه في النساء » .

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٦ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦١ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦١ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٨ ح ١ .

وفي رواية أبي بصير^(١) «إثما السنة في الختان على الرجال وليس على النساء». وفي تفسير العياشي^(٢) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: ما أبقت السنة شيئاً حتى أن منها قص الشارب والأظفار والأخذ من الشارب والختان». وعن طلحة بن زيد^(٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي بن الحسين عليه السلام «قال: قال رسول الله ﷺ: إن الله عز وجل بعث خليله بالحنيفة وأمره بأخذ الشارب وقص الأظفار وتنف الإبط وحلق العانة والختان». ولا يخفى أن عد الختان في قرن هذه الأشياء المتفق على استحبابها قرينة ظاهرة في الاستحباب.

وروى في الكافي^(٤) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أسلم الرجل اختن ولو بلغ ثمانين سنة».

و روى في كتاب عيون أخبار الرضا^(٥) بإسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام «أنه كتب إلى المأمون: والختان سنة واجبة للرجال ومكرمة للنساء». وهذان الخبران أقصى ما ربما يتوهم منه الدلالة على الوجوب، وقيام الحمل على تأكيد الاستحباب أقرب قريب. وبالجمله فإنه لا دليل في الأخبار يعتمد عليه، وإثما العمدة هو الإجماع المدعى.

الرابع: ويستحب الدعاء وقت ختن الصبي بما رواه في الفقيه^(٦) عن مرزوم بن حكيم

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٦ ب ٥٦ ح ١.

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٦١ ح ١٠٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٣ ح ١٠.

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ٣٨٨ ح ١٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٣ ح ١١.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٧ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٥ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٦ ب ٥٥ ح ١.

(٥) عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ١٢٣ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٣ ح ٩.

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣١٥ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ١٦٩ ب ٥٩ ح ١.

عن أبي عبد الله عليه السلام في الصبي إذا ختن قال : يقول : اللهم هذه سنتك و سنته نبيك صلواتك عليه وآله واتباع منّا لك ولنبيك بمشيتك و بإرادتك وقضائك لأمر أردته وقضاء حتمته وأمر أنفذته فأذقته حرّ الحديد في ختانه وحجامته لأمر أنت أعرف به منّي ، اللهم فطهره من الذنوب وزد في عمره وادفع الآفات عن بدنه والأوجاع عن جسمه ، وزده من الغنى وادفع عنه الفقر فإنك تعلم ولا تعلم » قال أبو عبد الله عليه السلام : أي رجل لم يقلها عند ختان ولده فليقلها عليه من قبل أن يحتلم ، فإن قالها كفى حرّ الحديد من قتل أو غيره .

(ومنها) العقيقة ، و قد تقدم ذكرها في سنن يوم السابع إلا أنها لكثرة ما يتعلّق بها من الأحكام حسن أفرادها بالذكر ، وأصل العقيقة على ما يفهم من كلام أهل اللغة الشعر الذي يخرج به المولود آدمياً كان أو غيره من بطن أمه ، ويقال : بمعنى الشق .

قال في المصباح المنير^(١) : عقّ عن ولده عقّاً من باب قتل ، والاسم العقيقة وهي الشاة التي تذبح يوم الأسبوع ، ويقال للشعر الذي يولد عليه المولود من آدمي وغيره عقيقة ، و عقّ بالكسر ، يقال : أصل العقّ الشق ، يقال : عقّ ثوبه كما يقال : شقّ ثوبه ، بمعناه ، ومنه يقال : عقّ الولد أباه عقوقاً - من باب قعد - إذا عصاه وترك الإحسان إليه . إنتهى ، ومنله كلام غيره ، و كأنّ الشعر الذي يولد عليه المولود سمّي بالعقيقة ، لأنّه يحلق عنه ثمّ قيل للذبيحة التي تذبح لأنّه يشقّ حلقومها .

قال الهروي في كتاب الغريبين : والعقّ في الأصل الشقّ والقطع ، وسمّي الشعر الذي يخرج على المولود من بطن أمه وهو عليه عقيقة لأنها إن كانت على إنسي حلت وإن كانت على بهيمة نسلتها ، وقيل للذبيحة عقيقة لأنها يشقّ حلقومها ، ثمّ قيل للشعر الذي ينبت بعد ذلك الشعر عقيقة على جهة الاستعارة ، إنتهى .

(١) المصباح المنير ص ٥٧٧ وفيه اختلاف يسير .

وكيف كان فتحقيق الكلام فيها يقع في مواضع :

الاول : إختلاف الأصحاب في وجوبها واستصحابها ، والمشهور الثاني و إلى الأول ذهب المرتضى و ابن الجنيد ادعى إلبيد في الانتصار إجماع الامامية و يظهر من المحدث الكشائي في الوافي الميل إليه حيث قال : باب العقيدة و وجوبها ، ثم "أورد جملة من الأخبار الظاهرة في ذلك .

ومنها ما رواه في الكافي والفقيه^(١) عن علي بن أبي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام : « قال : العقيدة واجبة إذا ولد للرجل فإن أحب أن يسميه من يومه فعل » .
و ما رواه في الكافي^(٢) عن علي بن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : العقيدة واجبة » .
وعن أبي خديجة^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : كل مولود مرتين بالعقيدة » .
وما رواه في الفقيه^(٤) مراسلاً قال : وفي رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : كل إنسان مرتين بالفطرة ، وكل مولود مرتين بالعقيدة » قال في الوافي - بعد ذكر هذين الخبرين - : يعني أن زكاة الفطرة والعقيدة حقان واجبان في عنق الانسان والمولود ، وهما مقيّدان بهما لا ينفكّان عنهما إلا بالأداء » .
وما رواه في الكافي^(٥) في الموثق عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : كل مولود مرتين بعقيقته » .

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٠ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٥ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤١ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٣ .
(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤١ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٦ .
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٢ .
(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٧ .

و عن أبي بصير^(١) في الموثق أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن العقيقة أواجبة هي؟ قال: نعم واجبة .

ومارواه في الكافي عن عبد الله بن سنان وفي الفقيه^(٢) عن عمر بن يزيد في الصحيح قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني والله ما أدري كان أبي عاق عني أم لا، قال: فأمرني أبو عبد الله عليه السلام ففعلت عن نفسي وأنا شين. وقال عمر: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل امرئ مرتين بعقيقته، والعقيقة أوجب من الاضحية .

وذهب الشيخ ومن تأخروا عنه إلى الاستحباب، وغاية ما استدلل به العلامة في المختلف^(٣) بعد اختياره الاستحباب هو أصالة البراءة، ثم "أورد دليلاً للمرضى روايتي علي بن أبي حمزة وأبي بصير، وأجاب بأن المراد شدة الاستحباب .

وأنت خير بما فيه، واعترضه في المسالك^(٤) في استدلاله للمرضى بهاتين الروايتين بأن السيد لا يستند في مذهبه إلى الأخبار الصحيحة إذا كانت من طريق الأحاد، وكيف يحتج برواية ابن أبي حمزة وهو مصرح بكفره وكفر أضرابه من الفرق، وإنما أوجبها لما توهمه من إجماع الإمامية عليه كما أشار إليه في الانتصار، وجعل الإجماع مستنده في أكثر المسائل، وإن كان في تحقق الإجماع نظر، إلا أنه رأى ذلك حسبما اتفق عليه. انتهى، وهو جيد يعلم منه التساهل في دعاويهم الإجماع، ولم يذكر في المسالك دليلاً على الاستحباب، وإنما قال - بعد إيراد رواية أبي بصير ورواية علي بن أبي حمزة ورواية أبي المعز المصراحة بالوجوب -: وهذه الأخبار مع قطع النظر عن سندها محمولة على تأكد الاستحباب

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٤ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٣ و١، التهذيب ج ٧ ص ٤٤١ ح ٢٧،

الوسائل ج ١٥ ص ١٤٥ ب ٣٩ ح ١ وص ١٤٣ ب ٣٨ ح ١.

(٣) مختلف الشيعة ص ٥٧٦ و ٥٧٧.

(٤) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٩.

أو ثبوته لأنه معنى الوجوب لغة. ويؤيد الثاني قول الصادق عليه السلام في رواية عمر بن يزيد « والعقيقة أوجب من الاضحية » .

و فيه أن الحمل على خلاف الظاهر يتوقف على وجود المعارض وهول يذكر ما يعارضها ، وأما الطعن بضعف السند فهو ليس بمرضي ولا معتمد ، وأما رواية عمر بن يزيد فهي ظاهرة فيما ذكره ، وقال السيد السند في شرح النافع : وأما الروايات المتضمنة للوجوب فكلها ضعيفة السند ، ومع ذلك إنما يتم الاستدلال بها إذا ثبت كون الوجوب حقيقة شرعية أو عرفية في اصطلاحهم في المعنى المتعارف الآن عند الفقهاء وهو غير معلوم .

أقول: والتحقيق أن المسألة لا تخلو من شوب الاشكال لما عرفت ممّا قدمناه من الأخبار الظاهرة في الوجوب .

وأما الطعن فيها بضعف السند فقد عرفت أنه عند من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح غير مرضي ولا معتمد ، إلا أن ممّا يعارض ذلك ويدافعه أولاً ما قدمنا تحقيقه في غير موضع من أن الوجوب في الأخبار من الألفاظ المتشابهة لاستعماله فيها في معانٍ عديدة :

(أحدها) هذا المعنى المصطلح عليه الآن بين الفقهاء ، وهذا هو الذي أشار إليه السيد السند - رحمه الله عليه - .

(ثانياً) عدّ العقيقة في قرن تلك الامور المتفق على استحبابها في الأخبار التي تقدمت في سنن اليوم السابع فإنه ممّا يثمر الظنّ الغالب بكونها مثلها .

و (ثالثاً) ما عرفت من رواية عمر بن يزيد التي هي صحيحة برواية الصدوق حيث جعل العقيقة أوجب من الاضحية التي هي مستحبة اتفاقاً ، فالظاهر أن الوجوب إنما هو بمعنى الثبوت أو تأكد الاستحباب اللذين هما أحد معاني هذا اللفظ ، فإنه هو الذي يجري فيه التفضيل بمعنى أشدّ ثبوتاً

أو أكد استجباً .

ونحو ذلك ما ورد في موثقة سماعة^(١) قال: سألته عن رجل لم يعق عن ولده حتى كبر وكان غلاماً شاباً أو رجلاً قد بلغ، قال: إذا ضحّي عنه أضحّي الولد عن نفسه فقد أجزأه عن العقيقة .

وموثقة عمار الساباطي^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام فيها « وإن لم يعق عنه حتى ضحّي فقد أجزأه الاضحية ، والتقريب فيها أنثا لو كانت واجبة كغيرها من الواجبات فإنه لا يعقل إحزاء الاضحية المستحبة اتفاقاً عنها إذ لا نظير له في الأحكام الشرعية : ومقتضى الوجوب تعلق الخطاب بها حتى يأتي بها ، وقيام غيرها ممّا لا يخاطب به حتماً يحتاج إلى دليل ، فإن ثبت له نظير في الأحكام فذلك ، وإلا فلا .

هذا ، وأما ما رواه في الكافي^(٣) عن ذريح عن أبي عبد الله عليه السلام في العقيقة قال: إذا جاز سبعة أيّام فلا عقيقة له ، ممّا يدل على سقوطها بعد السبعة فهو معارض بالأخبار المستفيضة الدالة على الاتيان بها مطلقاً ، سيما أخبار الوجوب وأنه مرّنه بها ، وحمله بعض المحدّثين على نفي العقيقة الكاملة ، من قبيل من لم يصل في جماعة فلا صلاة له ، أو على الرخصة ، والأول أقرب .

الثاني : قد ذكر جملة من الأصحاب أنه يستحب مساواة العقيقة للمولود ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٩ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٧ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٣

ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٣ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠

ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٦ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٠

ح ٢ .

بأن يعق عن الذكر ذكرًا وعن الانثى انثى. أقول : أكثر الأخبار الواردة ظاهرة في مساواة الغلام للجارية في العقيقة .

و منها ما رواه في الكافي^(١) عن منصور بن حازم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : العقيقة في الغلام والجارية سواء .

و عن سماعة^(٢) في الموثق قال : سألته عن العقيقة فقال : في الذكر والانثى سواء .

وعن أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عقيقة الغلام والجارية كبش .
و عن عبد الله بن مسكان^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن العقيقة فقال : عقيقة الجارية والغلام كبش كبش .

و روى الحميري في كتاب قرب الأسناد^(٥) عن عبد الله بن الحسن عن علي ابن جعفر عن أخيه قال : سألته عن العقيقة عن الغلام و الجارية سواء ؟ قال : كبش كبش .

و عن محمد بن عبد الحميد^(٦) عن يونس بن يعقوب قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن العقيقة الجارية والغلام فيها سواء ؟ قال : نعم .

و أمّا ما يدل على ما ذكره من استحباب مساواة العقيقة للمولود فهو ما رواه في الفقيه^(٧) عن محمد بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن العقيقة فقال : شاة أو بقرة أو بدنة ، ثم يسمى ويحلق رأس المولود يوم السابع ويتصدق

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٧ ب ٤٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٧ ب ٤٢ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٧ ب ٤٢ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٦ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٧ ب ٤٢ ح ٤ .

(٥) قرب الإسناد ص ١٢٢ و ١٢٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٨ ب ٤٢ ح ٦ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣١٣ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٨ ح ٧ وفيهما (محمد بن مارد) .

بوزن شعره ذهباً أو فضة ، فإن كان ذكر عرق عنه ذكر آ ، و إن كان انثى عرق عنها انثى .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(١) : وإذا أردت أن تعرق عنه فليكن عن الذكر ذكر آ وعن الانثى انثى.

قال الصدوق - رحمه الله عليه - في الفقيه^(٢) : ويجوز أن يعرق عن الذكر بانثى وعن الانثى بذكر ، وقد روي أن يعرق عن الذكر بانثيين وعن الانثى بواحدة وما استعمل في ذلك فهو جائز .

وظاهره في المسالك^(٣) عدم الوقوف على دليل الحكم المذكور ، حيث إنّه بعد ذكر عبارة المصنّف الدالة على الحكم المذكور قال : استجاب مساواتها للولد في الذكورية والانثوية ، رواه الكليني مرسلاً عن الباقر عليه السلام^(٤) « قال : إذا كان يوم السابع وقد ولد لأحدكم غلام أو جارية فليعرق عنه كبشاً عن الذكر ذكر آ وعن الانثى مثل ذلك » . وروى أخبار كثيرة على أجزاء الذكر والانثى مطلقاً ، ثمّ أورد صحيحة منصور بن حازم إلى أن قال : مع أن الرواية الاولى ليست صريحة في اعتبار المساواة ، بل الظاهر من قوله « والانثى مثل ذلك » أن المستحب كونها ذكر آ في الذكر والانثى ، فيكون موافقاً لغيره من الأخبار الدالة على التسوية بينهما ، إنتهى . و اقتفاء سبطه في شرح النافع أيضاً قال : وذكر جمع من الأصحاب منهم المصنّف في الشرايع أنه يستحب أن يعرق عن الذكر ذكر آ وعن الانثى انثى ورواه الكليني مرسلاً عن أبي جعفر عليه السلام ثمّ أورد الرواية التي أوردها جده ثمّ قال : وهي ضعيفة السند قاصرة المتن .

(١) فقه الرضا ص ٢٣٩ ، المستدرک ج ٢ ص ٦٢٠ ب ٣١ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣١٣ ذیل ح ٧ و صدر ح ٨ .

(٣) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥١ ح ١١ .

و العجب أن الرواية مذكورة في الفقيه فكيف غفلا عنها حتى تمسكا بهذه الرواية، والحق أن هذه المرسله محتملة لكل من المعنيين المذكورين ، فهي متشابهة لا يمكن الاعتماد عليها في شيء منهما .

الثالث : قد صرحوا بأنه لو عجز عنها في الحاضر توقع المكنة ولا يجزي التصديق بئمنها، ويدل عليه ما رواه الكليني^(١) في الحسن عن محمد بن مسلم قال : ولد لأبي جعفر عليه السلام غلام فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقة، وكان زمن غلاء ، فاشترى له واحدة وعسرت عليه الاخرى ، فقال لأبي جعفر عليه السلام : قد عسرت علي الاخرى فنتصدق بئمنها؟ فقال : لا ، اطلبها حتى تقدر عليها فإن الله عز وجل يحب إهراق الدماء و إطعام الطعام .

وعن ابن بكير^(٢) في الموثق قال : كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عنه عبد الله بن علي فقال له : يقول عمك : إننا طلبنا العقيقة فلم نجدها فما ترى تصدق بئمنها ؟ فقال : لا ، إن الله يحب إطعام الطعام وإراقة الدماء .

الرابع : قد ذكروا أنه يستحب فيها شروط الاضحية من كونها سليمة من العيوب سميئة ، و لم أقف في الأخبار على ما يدل عليه ، بل الظاهر منها خلافة ، و هو الظاهر من الكليني أيضاً حيث إنه عنوان الباب فقال : باب أن العقيقة ليست بمنزلة الاضحية ، ثم ذكر فيه ما رواه في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهل القمط^(٣) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن أصحابنا يطلبون العقيقة إذا كان إبان تقدم الأعراب فيجدون الفحولة ، وإذا كان غير ذلك الإبان لم توجد فيعز عليهم ، فقال : إنما هي شاة لحم ليست بمنزلة الاضحية يجزى

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٨ وفيه «غلامان جميعاً»، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٦ ب ٤٠ ح ٢ وفيه «غلامان».

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٥ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٥ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٣ ح ١ .

فيها كل شيء .

وروى أيضاً عن مرزم^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: العقيقة ليست بمنزلة الهدى ، خيرها أسمونها ، وحاصله أنه لا يشترط فيها ما يشترط في الهدى وإن كان الأفضل فيها الأسمن .

الخامس : يكره أكل الوالدين منها بل جملة العيال ، ويتأكد في الأم ، فروى في الكافي^(٢) عن أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يأكل هو ولا أحد من عياله من العقيقة ، وقال: وللقابلة الثلث من العقيقة ، فإن كانت القابلة أم الرجل أو في عياله فليس لها منها شيء ، وتجعل أعضاء ثم يطبخها ويقسمها ، ولا يعطيها إلا لأهل الولاية ، وقال : يأكل من العقيقة كل أحد إلا الأم .

وعن الكاهلي^(٣) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في العقيقة ، قال : لا تطعم الأم منها شيئاً .

وعن ابن مسكان^(٤) عمن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تأكل المرأة من عقيقة ولدها الحديث .

وفي كتاب الفقه الرضوي^(٥) « ولا يأكل منه الأبوان ، وإن أكلت منه الأم فلا ترضعه » وبهذه العبارة أعني قوله « وإن أكلت منه الأم » لم ترضعه « عبّر في الفقيه^(٦) فقال : والأبوان لا يأكلان من العقيقة وليس ذلك بمحرم عليهما ، وإن أكلت منه الأم لم ترضعه » ولم أقف على من صرح بذلك من الأصحاب غيره ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٣٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٦ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٦ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٣٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٧ ح ٣ .

(٥) فقه الرضا ص ٢٣٩ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٢١ ب ٣٤ ح ١ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣١٣ ح ٨ .

ولا على خبر يتضمن ذلك غير ما في الكتاب المذكور .
ومما يدلّ على حمل النهي على الكراهة ماورد من جواز أكل الأب منها كما رواه في الكافي^(١) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام « في المولود يسمّى في اليوم السابع ويعقّ عنه - إلى أن قال : - ويبعث إلى القابلة بالرجل مع الورك ويطعم منه ويتصدق » .
وعن أبي بصير^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا ولد لك غلام أوجارية فعقّ عنه يوم السابع شاةً أو جزوراً وكل منها وأطعم » الحديث .
ومما يدلّ على جواز أكل العيال ما رواه في الكافي^(٣) عن يحيى بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث عقيقة الرسول صلى الله عليه وآله عن الحسن والحسين عليهما السلام « قال : وعقّ عنهما شاة شاة ، وبعثوا برجل شاة إلى القابلة ، ونظروا ما غيره ، فأكلوا منه وأهدوا إلى الجيران ، وحلقت فاطمة رضي الله عنها رؤوسهما وتصدقّت بوزن شعرهما فضة » والمراد أنّهم نظروا في غير ما بعثوا به إلى القابلة فأكلوا منه وأهدوا فكان « ما » هنا وقعت زائدة أو استفهامية .
ثمّ إنّ ما دلّ عليه خبر أبي خديجة من أنّ العقيقة تجعل أعضاء يعني لا يكسر لها عظم ممّا صرح به الأصحاب أيضاً وحكموا بكراهته ، وعليه دلّ الخبر المذكور .

و نحوه ما رواه في الكافي^(٤) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « قال : واقطع العقيقة جداول^(٥) واطبخها وادع عليها رهطاً من المسلمين » .

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٩ ب ٤٤ ح ١ وفيهما « قال : يسمّى » .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥١ ح ٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٣ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٨ ح ٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥١ ب ٤٤ ح ٨ .

(٥) أقول : ما اشتمل عليه الخبر من لفظ « جداول » لا يخلو من اشكال ، فإن جداول جمع =

إِلَّا أَنَّهُ قَدْ رَوَى فِي الْفَقِيهِ^(١) مَرْسَالًا قَالَ : « قَالَ عُمَارُ السَّابَاطِيُّ : وَسُئِلَ عَنِ الْعَقِيقَةِ إِذَا ذُبِحَتْ هَلْ يَكْسَرُ عَظْمُهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ يَكْسَرُ عَظْمُهَا وَ يَقَطَعُ لَحْمُهَا وَ تَصْنَعُ بِهَا بَعْدَ الذَّبْحِ مَا شِئْتَ » وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا الْخَبَرَ خَرَجَ مَخْرَجَ التَّنْبِيهِ عَلَى الْجَوَازِ فَلَا يَتَنَافَى الْكَرَاهَةُ .

السادس : من المستحبات طبخها وإطعامها المؤمنين . قال في كتاب الفقه الرضوي^(٢) « وَ تَفَرَّقَ لَحْمُهَا عَلَى قَوْمٍ مُؤْمِنِينَ مُحْتَاجِينَ ، وَإِنْ أَعَدَدْتَهُ طَعَامًا وَدَعَوْتَ عَلَيْهِ قَوْمًا مِنْ إِخْوَانِكَ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ ، وَ كَلَّمَا أَكْثَرْتَ فَهُوَ أَفْضَلُ ، وَ حِدَّةُ عَشْرَةِ أَنْفُسٍ وَ مَا زَادَ ، وَ أَفْضَلُ مَا تَطْبَخُ بِهِ مَاءٌ وَمِلْحٌ » إِنْتَهَى .

وَفِي كِتَابِ الْفَقِيهِ^(٣) « وَ رَوَى أَنَّ أَفْضَلَ مَا تَطْبَخُ بِهِ مَاءٌ وَمِلْحٌ » وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ عَلَيْهِ هُنَا .

وَفِي مَوْثِقَةِ عُمَارَ^(٤) « وَ يَطْعَمُ مِنْهُ عَشْرَةٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ فَإِنْ زَادُوا فَهُوَ أَفْضَلُ وَ تَأْكُلُ مِنْهُ » وَ فِي الْخَبَرِ مَا يَبْدُلُ عَلَى الرَّخْصَةِ لِلْأَبِ فِي الْأَكْلِ ، وَ قَدْ تَقَدَّمَ مِثْلُهُ . وَ فِي التَّهْذِيبِ^(٥) « وَ لَا تَأْكُلُ مِنْهُ » وَ هُوَ عَلَى حَسَبِ مَا دُلَّ عَلَيْهِ غَيْرُهُ مِنْ كَرَاهَةِ الْأَكْلِ لِلْأَبِ أَيْضًا . وَ قَدْ تَقَدَّمَ فِي رَوَايَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ « وَ اطْبَخَهَا وَادَّعَى عَلَيْهَا رَهْطًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ » . وَ فِي رَوَايَةِ أَبِي خَدِيجَةَ الْمُتَقَدِّمَةِ « ثُمَّ يَطْبَخُهَا وَ يَقْسِمُهَا

= جَدُولٌ وَ هُوَ النَّهْرُ الصَّغِيرُ وَ لَا مَنَاسِبَةٌ فِيهِ لِلْمَقَامِ ، وَالظَّاهِرُ إِنَّمَا هُوَ جَدُولٌ جَمَعَ جَدَلَ وَ هُوَ الْعَضْوُ . قَالَ فِي الْقَامُوسِ : وَ الْجَدَلُ وَ يَكْسَرُ كُلُّ عَضْوٍ وَ كُلُّ عَظْمٍ مَعْرُوقٌ لَا يَكْسَرُ وَ لَا يَخْلُطُ بِهِ غَيْرُهُ ، انْتَهَى . (مِنْهُ - قَدْ سَرِهَ -) .

(١) الْفَقِيهِ ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٢ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ١٥٢ ح ١٧ .

(٢) فَهْهُ الرِّضَا ص ٢٣٩ فِيهِ تَقْدِيمٌ وَ تَأْخِيرٌ ، مُسْتَدْرَكُ الْوَسَائِلُ ج ٢ ص ٦٢١ ب ٣٤ ح ١ .

(٣) الْفَقِيهِ ج ٣ ص ٣١٣ ح ١١ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ١٥٢ ح ١٦ وَ فِيهِمَا « مَا يَطْبَخُ » .

(٤) الْكَافِي ج ٦ ص ٢٨ ضَمَّنَ ح ٩ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ١٥٠ ضَمَّنَ ح ٤ .

(٥) التَّهْذِيبُ ج ٧ ص ٤٤٣ ضَمَّنَ ح ٣٥ .

ج ٢٥ في استحباب إعطاء القابلة جزءاً من العقيقة إذا لم تكن من العيال ٦٧

ولا يعطيها إلا لأهل الولاية» وفي حديث يحيى بن أبي العلاء المتقدمة أيضاً «فأكلوا وأهدوا إلى الجيران» وظاهره إهداء اللحم من غير طبخ. وفي حديث حفص الكناسي المروي في الكافي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «و يدعى نفر من المسلمين فيأكلون ويدعون للغلام».

وقال في الفقيه^(٢) «وإن شاء قسمها أعضاء كما هي ، وإن شاء طبخها وقسم معها خبزاً ومرفاً ولا يعطيها إلا لأهل الولاية».

أقول : وقد تلخص من ذلك جواز الجمع إلا أن الأفضل الطبخ في منزله وأن يضيف إلى اللحم شيئاً من خبز أو أرز أو بعض الحبوب وأن يدعولها المؤمنين في منزله ، وأن أقل من يدعو عشرة لأقل».

السابع : لا ريب في استحباب إعطاء القابلة جزءاً من العقيقة إذا لم تكن من العيال كما صرح به رواية أبي خديجة المتقدمة لأن العيال لا يأكلون منها كما تقدم.

بقي الكلام في تعيين ما تعطى ، والروايات في ذلك لا تخلو من اختلاف ، ففي رواية أبي خديجة المتقدمة تلك العقيقة . وقد تقدم أيضاً في حديث يحيى ابن أبي العلاء في عقيقة الحسنين عليه السلام «و بعثوا برجل شاة إلى القابلة» . وفي رواية أبي بصير المتقدمة أيضاً «ويبعث إلى القابلة بالرجل مع الورك» وفي روايته الثانية مما حذفناه منها «واعط القابلة طائفاً من ذلك»^(٣) وهو إما بالفاء بعد

(١) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ضمن ح ٥ وص ٢٩ ضمن ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٢ ضمن ح ١٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣١٣ ضمن ح ٨.

(٣) أقول : قد ورد في حديث العامة مثل ذلك ووجهه بالوجهين ، قال في النهاية : وفي حديث عمران بن حصين «أن غلاماً أتى له فقال : لأقطعن منه طابقاً إن قدرت عليه» أي عضواً ، وجمعه طوابق - ثم قال في الطاء مع الياء المثناة والفاء أخيراً بعد ذكره في الحديث المذكور طائفاً - هكذا جاء في الرواية (أي بعض أطرافه والطائفة : القطعة من الشيء ، وروي بالباء والقاف وقد تقدم) انتهى . (منه - قدس سره -).

الياء المهموزة، أو بالباء الموحدة ثم "القاف كما ذكره في النهاية"^(١) وهو عبارة عن العضو أو القطعة .

وفي موثقة عمار^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « ويعطى القابلة ربعها وإن لم تكن قابلة فلا تمه تعطيه من شاءت - إلى أن قال - : وإن كانت القابلة يهودية لا تأكل من ذبيحة المسلمين أعطيت قيمة ربع الكبش » وفي رواية حفص الكناسي^(٣) « وأهدي إلى القابلة الرجل مع الورك » ونحوها موثقة سماعة^(٤) وحسنه الكاهلي^(٥) وأكثر هذه الأخبار على الرجل والورك ، والظاهر أن العمل بكل من هذه الأخبار حسن ، وأما ما اشتمل عليه موثقة عمار من أنه مع عدم القابلة فلا تمه تعطيه من شاءت فهو مما صرح به الأصحاب أيضاً .

قال في المسالك^(٦) : والمراد أن الأب يعطيها حصة القابلة إن كان هو الذابح للعقيقة وتصدق به ، لأنه يكره أن تأكل منها ، وفي قوله عليه السلام « تعطيهما من شاءت » إشارة إلى أن صدقتها به لا يختص بالفقراء بل تتأدى السنة بصدقتهما على الغني والفقير ، انتهى .

الثامن : قد ذكرنا أنه لو لم يعق الأب عنه عرق عن نفسه بعد البلوغ ، وتدل عليه الأخبار المتقدمة المصراحة بوجوبها وأنه مرتين بها ، فيبقى تحت عهدة الأمر حتى يحصل الامتثال ، وقد تقدم في الموضع الأول في موثقة سماعة^(٧) أن الرجل

(١) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٥٣ « طيف » وص ١١٤ « طبق » .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ضمن ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠ ضمن ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٥ وص ٢٩ ضمن ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٢ ضمن ح ١٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٢٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠ ح ٦ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٢٩ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٠ ح ٥ .

(٦) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٧٩ .

(٧) الكافي ج ٦ ص ٣٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٣ ح ١ .

إذا لم يعق^١ عن ولده وقد كبر أنه إذا ضحى عنه أو ضحى الولد عن نفسه فقد أجزأ عن العقيقة، ومفهومه أنه لو لم يضح^٢ عن نفسه ولا ضحى عنه أبوه فالخطاب باق. ويؤيده ما ورد من أنه مع الشك^٣ في أن^٤ أباه هل عقى عنه أم لا؟ فإنه يستحب^٥ له أن يعق^٦ عن نفسه كما تقدم في صحيحة عمر بن يزيد^(١) بطريق الفقيه المذكورة في الموضع الأول. وقد صرحوا أيضاً بأنه لومات الصبي في اليوم السابع فإن مات قبل الزوال سقطت وإن مات بعده لم يسقط.

وعلى ذلك تدل^٧ ما رواه في الكافي والفقيه^(٢) عن إدريس بن عبدالله^٨ قال: سألت أبا عبدالله^٩ عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعق^{١٠} عنه؟ قال: إن كان مات قبل الظهر لم يعق^{١١} عنه، وإن مات بعد الظهر عقى عنه.

العاسع: فيما يستحب أن يقال وقت الذبح، فروى في الكافي^(٣) عن الكرخي عن أبي عبدالله^{١٢} قال: تقول على العقيقة إذا عقت: بسم الله وبالله اللهم عقيقة عن فلان لحمها بلحمه ودمها بدمه وعظمها بعظمه، اللهم اجعله وقاءً لآل محمد صلى الله عليه وعليهم.

وعن يونس^(٤) عن بعض أصحابه عن أبي جعفر^{١٣} قال: إذا ذبحت فقل: بسم الله وبالله والحمد لله والله أكبر إيماناً بالله وثناءً على رسول الله^{١٤} والعصمة لأمره والشكر لرحمته والمعرفة بفضلته علينا أهل البيت، فإن كان ذكراً فقل: اللهم إنك وهبت لنا ذكراً وأنت أعلم بما وهبت، ومنك ما أعطيت وكل ما صنعنا، فتقبله على سنتك وسنة نبيك ورسولك^{١٥} واخسأ عنا الشيطان الرجيم، لك سفكت الدماء لأشريكك والحمد لله رب العالمين، قوله «بفضلته علينا أهل البيت» المراد

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣١٢ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٤٥ ب ٣٩ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣٩ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٠ ح ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٤ ح ١ وص ١٥٥ ح ٤.

به أهل بيت نفسه كما ثبت عليه بعض المحدثين .

وعن سهل^(١) عن بعض أصحابه رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تقول على العقيقة « وذكركم مثله وزاد فيه » اللهم لحمها بلحمه ودمها بدمه وعظمها بعظمه وشعرها بشعره وجلدها بجلده ، اللهم اجعله وقاءً لفلان بن فلان .

وروى في الكافي والفقهاء^(٢) عن عماد الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أردت أن تذيب العقيقة قلت : يا قوم إنني بريء مما نثر كون ، إنني وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين ، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ، اللهم منك ولك بسم الله وبالله والله أكبر اللهم صل على محمد وآل محمد ، وتقبل من فلان بن فلان ، وتسمي المولود باسمه ثم تذيب .

وروى في الكافي^(٣) بسنده عن محمد بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام ، وفي الفقهاء^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يقال عند العقيقة : اللهم منك ولك ما وهبت وأنت أعطيت ، اللهم فتقبل منّا على سنة نبيك ﷺ ، ونستعذ بالله من الشيطان الرجيم ، وتسمي وتذيب ، وتقول : لك سفكت الدماء لاشريك لك والحمد لله رب العالمين ، اللهم اخسأ الشيطان الرجيم .

وروى في الكافي^(٥) عن الكاهلي في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال في العقيقة : إذا ذبحت تقول : وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً مسلماً وما

(١) الكافي ج ٦ ص ٣١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٥ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٣١ ح ٤ ، الفقهاء ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٤ ب ٤٦ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٣١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٥ ح ٣ وفيهما «محمد بن مارد» .

(٤) الفقهاء ج ٣ ص ٣١٤ ح ١٥ وفيه «اخسأ عنا» ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٥ ح ٣ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٣١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥٦ ح ٦ .

أنا من المشركين، إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له، اللهم منك ولك، اللهم هذا عن فلان بن فلان .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(١) « فَإِنْ أُرِدْتَ ذَبْحَهُ فَقُلْ : بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ مِنْكَ وَبِكَ وَلَكَ وَإِلَيْكَ عَقِيقَةُ فَلَانِ بْنِ فَلَانٍ عَلَى مِلَّتِكَ وَدِينِكَ وَسُنَّةِ نَبِيِّكَ مُحَمَّدٍ ﷺ ، بِاسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ أَكْبَرُ إِيْمَانًا بِاللَّهِ وَتَنَاءً عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ، وَالْعَصْمَةِ بِأَمْرِهِ وَالشُّكْرَ لِرِزْقِهِ وَالْمَعْرِفَةَ لِفَضْلِهِ عَلَيْنَا أَهْلَ الْبَيْتِ ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَقُلْ : اللَّهُمَّ أَنْتَ وَهَبْتَ لَنَا ذَكَرًا وَأَنْتَ أَعْلَمُ بِمَا وَهَبْتَ وَمَنْكَ مَا أَعْطَيْتَ وَلَكَ مَا صَنَعْنَا، فَتَقَبَّلْهُ مِنَّا عَلَى سُنَّتِكَ وَسُنَّةِ نَبِيِّكَ ﷺ فَاحْتَبِسْ عَنَّا الشَّيْطَانَ الرَّجِيمَ ، وَلَكَ سَفَكَتَ الدَّمَاءَ وَلَوْ جَهَكَ الْقُرْبَاتُ لَا شَرِيكَ لَكَ » .

تكملة في الرضاع

والكلام فيها يقع في موردين: الأول في الرضاع نفسه، والكلام فيه يقع في مواضع:

الأول : قالوا : إن أفضل ما يرضع به الصبي لبن أمه لأنه أوفق بمزاجه وأنسب بطبعه ، وهو غذاؤه في بطن أمه .
أقول : ويدل عليه ما رواه الكافي^(٢) عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام « قَالَ : قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ﷺ : مَا مِنْ لَبَنٍ يَرْضَعُ بِهِ الصَّبِيُّ أَعْظَمَ بَرَكَةً عَلَيْهِ مِنْ لَبَنِ أُمِّهِ » .

الثاني : المعروف من كلام الأصحاب أنه لا يجب على الأم إرضاع الولد . واستدل عليه مضافاً إلى الأصل بقوله عز وجل « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ » . . . وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى ،^(٣) ولو كان الرضاع واجباً عليها

(١) فقه الرضا ص ٢٣٩ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٢١ ب ٣٣ ح ١ وفيهما «فاخنس - فاخنساً خ ل - وكذلك «سكب» بدل «سفتك» .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ح ٢ .

(٣) سورة الطلاق - آية ٦ .

لما حسن أن يقال « فَإِنْ أَرْضَعْنِ لَكُمْ » إِلَّا أَنَّهُ يَشْكُلُ ذَلِكَ بِأَنَّ مَوْرِدَ الْآيَةِ كَمَا يَنَادِي بِهِ سِيَاقُ الْكَلَامِ إِنَّمَا هُوَ الْمَطْلُوقَةُ الْبَائِنُ ، وَ عَدَمُ الْوُجُوبِ هُنَا مِمَّا لِاخْتِلَافٍ فِيهِ .

قَالَ فِي كِتَابِ مَجْمَعِ الْبَيَانِ ^(١) « فَإِنْ أَرْضَعْنِ لَكُمْ فَأَتَوْهِنَّ أَجُورَهُنَّ » أَيْ وَإِنْ أَرْضَعْنِ الْوَلَدَ لِأَجْلِكُمْ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ فَأَعْطَوْهِنَّ أَجْرَ الرِّضَاعِ يَعْنِي أَجْرَةَ الْمِثْلِ . إِنْ تَهَيَّ ، وَ هَذَا الْكَلَامُ فِي الْآيَةِ الثَّانِيَةِ ، فَإِنَّ السِّيَاقَ كُلَّهُ إِنَّمَا هُوَ فِي الْمَطْلُوقَةِ ، وَ حِينَئِذٍ فَاسْتَدْلَالُ أَصْحَابِنَا بِهَاتَيْنِ فِي الْمَقَامِ لَا يَخْلُو مِنْ نَظَرٍ ، إِذْ مَحَلُّ الْبَحْثِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوْجَةُ .

وَ الْإِظْهَرُ الِاسْتِدْلَالُ عَلَى ذَلِكَ بِمَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي ^(٢) عَنْ سَلِيمَانَ بْنِ دَاوُدَ الْمَنْقَرِيِّ « قَالَ: سَأَلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ الرِّضَاعِ ، قَالَ : لَا تَجْبِرُ الْمَرْأَةَ عَلَى إِرْضَاعِ الْوَلَدِ وَتَجْبِرُ أُمَّ الْوَلَدِ » وَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْمُرَادِ .

الثَّالِثُ : يَجِبُ تَقْيِيدُ الْحَكْمِ الْمَذْكُورِ كَمَا بَيَّنَّاهُ عَلَيْهِ غَيْرَ وَاحِدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ بِأَنَّ ذَلِكَ مَشْرُوطٌ بِوُجُودِ الْآبِ وَقُدْرَتِهِ عَلَى دَفْعِ الْأَجْرَةِ ، أَوْ عَدَمِ تَبَرُّعِهَا ، أَوْ وَجُودِ مَالٍ لِلْوَلَدِ وَوُجُودِ مَرْضُوعَةٍ سِوَاهَا ، وَإِلَّا وَجِبَ ذَلِكَ عَلَيْهَا كَمَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ الْآبُ مَعْسُراً أَوْ مَقْضُوداً .

الرَّابِعُ : إِبْطَالُ كَلَامِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ اللَّبَاءِ ، وَهُوَ أَوَّلُ مَا يَحْلِبُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ وَغَيْرِهِ عَمَلًا بِإِبْطَالِ الدَّلِيلِ ، وَأَوْجِبُ جَمَاعَةِ مِنْهُمْ الْعَلَامَةَ فِي الْقَوَاعِدِ وَالشَّهَادَةِ إِرْضَاعُهَا اللَّبَاءَ ، مُحْتَجِّينَ بِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَعِيشُ بِدُونِهِ ، وَرَدُّهُ جَمْعٌ مِمَّنْ تَأَخَّرَ عَنْهُمَا بِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ بِالْوُجُودَانِ .

(١) مَجْمَعُ الْبَيَانِ ج ١٠ ص ٣٠٩ .

(٢) الْكَافِي ج ٦ ص ٤٠ ح ٤ ، التَّهْلِيلُ ج ٨ ص ١٠٧ ح ١١ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ١٧٥ ب ٦٨

قال في المسالك^(١): ولعلمهم أرادوا الغالب ، أو أنه لا يقوى ولا يشتد بنيته إلا به ، ثم إنه على القول بالوجوب هل تستحق الأم أجره عليه من الأب أو من الولد إن كان له مال أم لا ؟ قولان : و الأول مذهب الأكثر مستنديين إلى إطلاق قوله تعالى «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» ، و الثاني قطع المقداد في كنز العرفان محتجاً بأنه واجب ، ولا يجوز أخذ الأجرة على الواجب .

قال في المسالك^(٢): وكأنيته ممنوعة ، فإن مالك الطعام يلزمه بذله للمضطر ، ولكن بالعوض باعتراف هذا القائل ، وإن كان فيه خلاف أيضاً ، انتهى .

وتوضيحه أن الممتنع هو أخذ الأجرة على نفس العمل الذي يجب عليه القيام به ، مثل تفصيل الموتى ودفنهم ونحو ذلك لا أخذ عوض ما يجب بذله كدفع المال إلى المضطر ، واللباء من قبيل الثاني لا الأول .

وأنت خبير بأن قضية الوجوب سقوط الأجرة إلا أن يقوم دليل على خلاف ذلك ، و الآية المذكورة ليست من محل البحث في شيء ، فإن المدعى وجوب الارضاع عليها ، و الآية المذكورة قد عرفت أن موردها المطلقة البائنة وعدم الوجوب عليها ظاهر ، وما ذكره من بذل الطعام للمضطر إن وجد ما يدل على ما ادعوه من الأخبار فلا إشكال ، وإلا فللمناقشة فيما ذكره مجال ، ولا يحضرنى الآن شيء من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة .

الخامس : لا خلاف ولا إشكال في جواز استئجار الأب الأم للرضاع إذا كانت مطلقة بائنة ، لأن منافعتها مملوكة لها ولا تعلق للأب بها ، إنما الخلاف فيما لو كانت زوجة ، فالمشهور بين الأصحاب الجواز مستنديين ، إلى عموم قوله «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن» .

وفيه ما عرفت من أن مورد هذه الآية إنما هي المطلقة ، فهي دليل للأول من هذين الحكمين لا للثاني . نعم يدل على ذلك أصالة الجواز لأنك قد عرفت

بالخير المتقدم أن الارضاع غير واجب عليها ، فكما يجوز استئجارها لارضاع غيره فكذا لارضاعه ، ومنع الشيخ في المبسوط^(١) من استئجار الزوج بها ، وكذا منع من استئجارها لخدمته وخدمة غيره و إرضاع ولد غيره ، مستنداً إلى أن زوجها قد ملك الاستمتاع بها في كل وقت إلا ما استثنى من أوقات الصلاة والصيام ، فما عقدت عليه من المنافع لا يقدر على إيفائه ، وإذا لم تقدر على إيفائه كان العقد باطلاً ، كما لو آجر نفسه شهراً ثم آجرها ذلك الشهر بغير المستأجر .

واجب بمنع ملك الزوج لجميع منافعها وإنما ملك الاستمتاع ولا يلزم من استحقاقه في جميع الأوقات ملك غيره من المنافع ، وما ذكره الشيخ قول لبعض العامة و لا ريب في ضعفه .

السادس : لا يخفى أنه على تقدير القول المشهور من جواز استئجارها لارضاع ولدها ، فإن تعلقت الاجارة بها نفسها لم يكن لها إرضاع غيره ، فإن فعلت فلا اجرة لها ، وإن تعلقت بها وبغيرها بأن كان الاستئجار على تحصيل الرضاع كيف اتفق بها أو بغيرها جاز ، ومع عدم تعيين أحد الأمرين بأن اطلق إشكال ، ولا يبعد إلحاقه بالقسم الأول ، لأنه الذي ينصرف إليه ظاهر الاطلاق ، والمشهور على ما ذكره في المسالك^(٢) جواز إرضاعها له بنفسها وبغيرها ، قال : لأنها حينئذٍ أجير مطلق ، ومن شأنه جواز تحصيل المنفعة بنفسه وبغيره . انتهى ، والأقرب الأول وهو اختيار سبطه في شرح النافع .

السابع : ينبغي أن يعلم أن الاجرة من مال الولد إن كان له مال وإلا فعلى الأب ، و ظاهر بعض العبارات أنه مع حياة الأب فالاجرة على الأب ، ومع موته فالاجرة من مال المرتضع ، وهو على إطلاقه غير جيد^(٣) بل الوجه هو

(١) المبسوط ج ٦ ص ٣٦ .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨٠ .

(٣) لأنه مع حياة الأب ووجود مال للولد ، فالولد غني لا يستحق على الأب نفقة فلا يجب =

ماقدمنا ذكره .

وروى في الكافي والتهذيب^(١) عن ابن أبي يعفور في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل توفى وترك صبياً فاسترضع له أن أجر رضاع الصبي» مما يرث من أبيه وأمه، ورواه الشيخ^(٢) بطريق آخر وزاد فيه «من حظّه مما ورث من أبيه» .

وروى في التهذيب^(٣) عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: قضى علي عليه السلام في صبي» مولود مات أبوه أن رضاعه من حظّه مما ورث من أبيه» . وروى في الكافي^(٤) عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل مات وترك امرأته ومعها منه ولد فألقته على خادم لها فأرضعته ، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصي، فقال : لها أجر مثلها وليس للوصي» أن يخرجها من حبرها حتى يدرك ويدفع إليه ماله» .

وفي هذه الأخبار دلالة على عدم وجوب الرضاع على الأم كما تقدم، وجواز استئجارها للرضاع كما هو المشهور، وظاهر صحة عبد الله بن سنان إستحقاقها الاجرة وإن أرضعته بغيرها ، و مقتضى كلامهم حمله على كون الاستئجار وقع كذلك أو كونه مطلقاً إلا أن الخبر لا يخلو من الاجمال .

الناهم: قد صرحوا بأن الأم أحق برضاعه إذا تبرعت أو قنعت بما يطلب غيرها ، ولو طلبت زيادة على ما يرضى به غيرها فللأب انتزاعه منها ، وبدل على

= على الأب شيء وهو ظاهر. (منه - قدس سره) .

(١) الكافي ج ٦ ص ٤١ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٧ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٩ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٠٦ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٩ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٢٤٤ ح ٣٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤١ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٨ ح ٧١ ب وفيهما «امراة» .

الحكم الأول أعني أحقيتها بالرضاع إذا تبرعت أو قنعت بما يطلب غيرها قوله سبحانه «فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن»^(١) فإن الآية شاملة لها تين صورتين. ورواية أبي بصير^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : المطلقة الحبلية ينفق عليها حتى تضع حملها، وهي أحق بولدها أن ترضعه بما تقبله امرأة أخرى، يقول الله تعالى «لا تضار» والددة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك»^(٣) لا يضار الصبي ولا تضار به في رضاعه، وليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين، فإن أراد الفصال عن تراشٍ منهما كان حسناً، والفصال هو الفطام. وعلى الحكم الثاني وهو انتزاعه منها لو طلبت الزيادة قوله تعالى «وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى»^(٤).

ويدل على الحكمين معاً ما رواه الشيخ^(٥) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلية أنفق عليها حتى تضع حملها وإذا وضعته أعطاها أجرها ولا يضارها إلا أن يجد من هو أرخص منها أجراً فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفتطمه. وعن أبي العباس^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أرضع إبني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به، وهذه الرواية دليل على الصورة الثانية من الحكم الأول.

وحكى الشيخ في الخلاف قولاً بأن الأم أحق بالولد متى طلبت اجرة المثل

(١) سورة الطلاق - آية ٦.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٨ ب ٧٠ ح ٧ وفيهما «لا يضار بالصبي ولا يضار بأمه».

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٣.

(٤) سورة الطلاق - آية ٦.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٠٦ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ح ٢.

(٦) التهذيب ج ٨ ص ١٠٥ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ح ٣.

وإن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع، تمسكاً بإطلاق الآية المتقدمة، والأخبار المذكورة ترده كما عرفت.

التاسع : لاختلاف ولا إشكال في أن للمولى إجبار أمته على الرضاع لأنها مع جميع منافعها ملك له سواء في ذلك منافع الاستمتاع وغيرها، بخلاف الزوجة حيث اختص الاستحقاق بمنافع الاستمتاع ولا فرق في ذلك بين أم الولد وغيرها، وقد تقدم في الموضع الثاني قوله عليه السلام في رواية المنقري^(١) «و تجبر أم الولد، وذكر أم الولد لا يقتضي نفى ذلك عن غيرها.

العاشر : ظاهر بعض الأخبار إستحباب الارضاع من الثديين معاً، وهذا الحكم لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم، ويدل عليه ما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن العباس بن الوليد عن أبيه عن أمه أم إسحاق بنت سليمان قالت : نظر إلي أبو عبد الله عليه السلام وأنا أرضع أحد ابني محمد أو إسحاق، فقال، يا أم إسحاق لا ترضعيه من ثدي واحد وارضعيه من كليهما، يكون أحدهما طعاماً والآخر شرباً، ورواه في الفقيه^(٣) مرسلًا قال : نظر الصادق عليه السلام إلى أم إسحاق وهي ترضع أحد ابنيها الحديث.

قال في الوافي^(٤) : لما كان في الجديد لذة كان اللبن الجديد ممّا يسيخ القديم كما أن الشراب يسيخ الطعام، فصح بهذا الاعتبار أن يكون أحدهما بمنزلة الطعام والآخر بمنزلة الشراب، انتهى.

وروى في الفقيه^(٥) بإسناده عن محمد بن علي الكوفي عن إسماعيل بن مهران عن مرازم عن جابر بن يزيد عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال : قال رسول الله

(١) الكافي ج ٦ ص ٤١ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ب ٦٨ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٦ ب ٦٩ ح ١.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٥ ح ٤.

(٤) الوافي ج ٣ ص ٢٠٧ ب ٢٢٠.

(٥) الفقيه ج ٤ ص ٢٩٦ ح ٧٧، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٦ ب ٦٩، ح ٢.

فَقَالَ: إِذَا وَقَعَ الْوَلَدُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ - إِلَى أَنْ قَالَ: - وَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى رِزْقَهُ فِي
يَدَيِ أُمِّهِ أَحَدَهُمَا شَرَابَهُ وَفِي الْآخِرِ طَعَامَهُ « الْخَبَرُ .

الحادي عشر: قال في الشرائع^(١): لو ادعى الأب وجود متبرعة وأنكرت
الأم فالقول قول الأب، لأنه قد يدفع عن نفسه وجوب الاجرة، على تردد. قال
في المسالك^(٢): منشأ التردد من كون الأم منكرة لما يدعيه من وجود المتبرعة،
والأصل عدمه، فيكون القول قولها لأنه المدعي، ولأن الحق ثابت لها وهو
يدعي إسقاطه بوجود المتبرعة، والأصل عدم سقوطه إلى أن يثبت، ومما ذكره
المصنف من أن الأم تدعي شغل ذمة الأب بالاجرة وهو ينفي ذلك عن نفسه،
والأصل براءة ذمته منها، ولأنه يعسر عليه إقامة البينة على ما يقوله فيصدق بيمينه
وهو قول الشيخ في المبسوط وهو الأشهر، إنتهى .

أقول: الظاهر أن الأنسب بقواعدهم و الأقرب إلى ضوابطهم هو ما قرره
الشارح أولاً، فإن مقتضى صورة النزاع التي فرضوها هو أن الأب ادعى وجود
متبرعة والام أنكرت، فالأب هو المدعي والام هي المنكرة، فيجب العمل بمقتضى
القاعدة المنصوصة فيهما كما في كل مدع ومنكر، وقضية ذلك أن القول قول
الام بيمينها، وأما جعل الأم مدعية - لأنها تدعي شغل ذمة الأب بالاجرة،
وهو منكر لأنه ينفي بذلك عن نفسه - وليس هو صورة الدعوى التي فرضوها،
وإثما ذلك من لوازمها على أنه لا معنى لدعوى الأم شغل ذمة الأب بالاجرة
قبل الرضاع، لأن هذا النزاع إثما وقع في أول الأمر قبل دفع الولد إليها، وقبل
تعيين الاجرة بأمره، و مرجعه إثما هو إلى دعوى شغل الذمة لو أدرضت بعد
دفع الولد إليها .

وبالجملة فإن عد الأم مدعية والأب منكرأ بهذا التقريب الذي ذكره

(١) شرائع الإسلام ص ٥٦٦ الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٣ هـ، وفيه «لأنه يدفع» .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨١ .

– مع كون صورة النزاع الذي فرضوه إنما هو على الوجه الذي عرفت – لا يخلو من غموض وإشكال .

المورد الثاني : في مدته ، والكلام فيه أيضاً يقع في مواضع :

الأول : لاختلاف نصاً وقتوى في أن مدة الرضاع المحدودة شرعاً وإن جاز النقيصة عنها والزيادة عليها حولان كاملان .

ويدل على ذلك قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن» حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة»^(١) وما سيأتى من الأخبار المذكورة في المقام إن شاء الله تعالى .
الثاني : قد صرح الأصحاب بجواز الاقتصار على أحد وعشرين شهراً لأقل لظاهر قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً»^(٢) فإذا حملت به تسعة أشهر كما هو الغالب كان الباقي للرضاع أحداً وعشرين شهراً .

و يدل على ذلك أيضاً جملة من الأخبار منها ما رواه في التهذيب^(٣) عن عبد الوهاب بن الصباح «قال: قال أبو عبد الله عليه السلام : الغرض في الرضاع أحد وعشرون شهراً ، فما نقص عن أحد وعشرين شهراً فقد نقص الموضع ، فإن أراد أن يتم الرضاعة له فحولين كاملين» .

و ما رواه في الكافي^(٤) عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : الرضاع أحد وعشرون شهراً فما نقص فهو جور على الصبي » .

وظاهر الخبرين تحريم ما نقص عن أحد وعشرين شهراً كما هو ظاهر الأصحاب أيضاً لحكمه في الأول بأن الأحد وعشرين هو الغرض ، وفي الثاني بأن ما نقص منه جور وظلم للصبي .

(١) سورة البقرة – آية ٢٣٣ .

(٢) سورة الأحقاف – آية ١٥ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٠٦ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٧ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٧ ح ٥ وفيهما «واحد وعشرون» .

واستشكل ذلك في شرح النافع فقال: و لو قيل بجوازه إذا اقتضت مصلحة الولد ذلك وتراضى عليه الأبوان لم يكن بعيداً، قال: ويدل عليه ما رواه الشيخ^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « قال: ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين، فإن أرادا الفصال قبل ذلك عن تراضٍ منهما فهو حسن » .

أقول: الظاهر أن الوجه في الجمع بين هذا الخبر والخبرين الأولين هو تخصيص النقصان في هذا الخبر بما لا يبلغ النقصان عن ذلك الحد، فإن الخبرين الأولين ظاهران بل صريحان في تحريم النقص عن ذلك المقدار .

بقي هنا شيء يجب التنبيه عليه : هو : أنه قد تقدم في المسألة الأولى من المقام الأول الاستدلال بهذه الآية ، أعني قوله « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » على أن أقل الحمل ستة أشهر ، وأقصى الفصال عامان ، وهنا قد استدلوا بها على أن أقصى الفصال أحد وعشرون شهراً ، وأنه يشكل أيضاً ذلك على تقدير القول بأن أقصى الحمل سنة ، والقول بأن أقصاه عشرة أشهر ، وجواز أن تضعه لسبعة أشهر ، وفي جميع هذه الصور لا يتم أن الفصال أحد وعشرون شهراً ، ولهذا نقل عن ابن عباس أن من ولد لستة أشهر ففصاله في عامين ، ومن ولد لسبعة فمدة رضاعه ثلاثة وعشرون شهراً ، ومن ولد لتسعة هو أحد وعشرون .

قال في المسالك^(٢): وهو قول موجه جامع بين الآيات .

أقول: والأظهر عندي عدم الرجوع في الاستدلال في هذه المسألة إلى الآية المذكورة بل الاعتماد على الأخبار التي ذكرناها، والمستفاد من النصوص الواردة في تفسير هذه الآية أن نزولها كان في الحسين عليه السلام كما ينادي به سياق الكلام في الآية قبل هذا الموضع وبعده ، ولا بأس بذكر خبر من تلك الأخبار .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٧ ب ٧٠ ح ١ .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨٠ .

و هو ما رواه في الكافي^(١) بسنده إلى أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
لما حلت فاطمة عليها السلام بالحسين عليه السلام جاء جبرئيل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : إن
فاطمة ستلد غلاماً تقتله أمتك من بعدك فلماً حملت فاطمة الحسين عليه السلام كرهت
حمله ، وحين وضعت كرهت وضعه ، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : لم تر في الدنيا أم تلد
غلاماً تكرهه ، ولكنها كرهت لما علمت أنه سيقتل ، قال ، وفيه تزلت هذه الآية
« و وصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله
ثلاثون شهراً »^(٢) ونحوه غيره ، وعلى هذا فمحل الاستدلال بالآية إنما هو ما
قدمناه في المسألة الأولى من المقام الأول من هذا المقصد ، وجميع ما ذكره من
الاشكالات و الاحتمالات في الآية باعتبار الاستدلال بها في هذا المقام فهو نفخ
في غير ضرام .

الثالث : قد ذكرنا أنه يجوز الزيادة على الحولين شهراً وشهرين لا أكثر ،
وقيل : إنه مروي ، وقد اعترف السيد السند في شرح النافع بأنه لم يقف على
الرواية ، وهو كذلك ، فإننا بعد الفحص والتتبع لم نقف عليها في شيء من كتب الأخبار .
نعم قد روى الكليني^(٣) وابن بابويه في الصحيح عن سعد بن سعد الأشعري
عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : سألت عن الصبي هل يرتفع أكثر من سنتين ؟
فقال : عامين ، قلت : فإن زاد على سنتين هل على أبيويه من ذلك شيء ؟ قال : لا .
وظاهر هذه الرواية جواز الزيارة على الحولين مطلقاً ، وهم لا يقولون به ،
والأمر بالحولين في الآية والأخبار لا يقتضي المنع مما زاد .

الرابع : قد صرحوا بأن ما يجوز لها إرضاعه من الشهر والشهرين لا تستحق

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٤٦٤ ح ٣ .

(٢) سورة الأحقاف - آية ١٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤١ ح ٨ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٧ ح ١٢ ،

الوسائل ج ١٥ ص ١٧٧ ح ٤ ، وما في المصادر «يرضع» .

عليه اجرة ، و استشكله على إطلاقه في المسالك ^(١) بأنه إنما يتم على تقدير عدم حاجة الولد إليه ، أما لو احتاج إليه لمرض ونحوه بحيث لا يمكن غذاؤه فيها بغير اللبن كان اللبن حينئذ بمنزلة النفقة الضرورية ، فعدم استحقاق الأم عليه اجرة مطلقاً لا يخلو من نظر ، إلا أن عمل الأصحاب و رواياتهم على ذلك ، فلا مجال لخلافه .

أقول : من الروايات التي استند إليها الأصحاب فيما ذكره ما تقدم في صحيحة الحلبي ^(٢) من قوله عَلَيْهَا « ليس للمرأة أن يأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين » .

ومارواه في الكافي ^(٣) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « أنه نهى أن يضار الصبي أو تضار أمه في رضاعه ، و ليس لها أن تأخذ في رضاعه فوق حولين كاملين ، فإن أرادا فصلاً عن تراضٍ منهما قبل ذلك كان حسناً ، والفصال هو الفطام » .

و قد تقدم في رواية أبي بصير ^(٤) المذكورة في الموضع الثامن من المورد الأول نحو ذلك .

وأنت خير بأنته وإن كان ظاهر هذه الأخبار هو عدم جواز أخذ الاجرة على هذه المدة الزائدة ، إلا أنه يجب تخصيصها بصورة عدم الضرورة للرضاع كما هو الغالب ، والأخبار إنما خرجت بناءً على ذلك ، ويؤيده قوله في تلك الأخبار بعد هذا الكلام « فإن أرادا فصلاً عن تراضٍ قبل ذلك كان حسناً » فإن الكلام من أوله إلى آخره مبني على صحة الولد وسلامته ، وإلا فالاستفاد من الأخبار

(١) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٠٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٦ ب ٧ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٧ ح ٣ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٨ ح ٧ .

أن" الضرورات تبيح المحظورات ، وحينئذ فيجب عليها رضاعه في تلك المدة لمكان الضرورة ، ويجب على الأب الاجرة حسبما قرره - رحمه الله - أولاً .
وأما ما ذكره - رحمه الله عليه - من أن" عمل الأصحاب ورواياتهم على ذلك فلامجال لخلافه ، ففيه أن" غاية ما يفهم من كلامهم ومن الأخبار المذكورة هو إطلاق القول بالمنع من أخذ الاجرة على هذه المدة ، وليس في شيء منهما ما يدل صريحاً أو ظاهراً على أن" الأمر كذلك في صورة الاضطرار إلى الرضاع هذه المدة ، فالجميع قابل للتقييد بما ذكرناه ، فلانفاة كما توهم ، وإلى ما ذكرناه يميل كلام سبطه في شرح النافع حيث قال : ولو اضطر" الولد إلى الرضاع بعد الحولين لمرض ونحوه فالأقرب وجوب اجرتها على الأب لأن" ذلك بمنزلة النفقة الضرورية .
إنتهى وهو جيد .

**المقام الثالث : في الحضانة ، والظاهر أن أصلها من حضن الطائر بيضه ، أي ضمته تحت جناحه ، قال في كتاب المصباح المنير^(١) بعد ذكر المعنى المذكور : والحضانة - بالفتح والكسر - إسم منه . وقال في المسالك : هي - بفتح الحاء - ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته ، وما يتعلق بها من مصلحته من حفظه وجعله في سريره ورفع كحلته ورهنه وغسل خرقة وثيابه وتنظيفه ونحو ذلك وهي بالانثى أليق منها بالرجل ، لمزيد شفقتها وخلقها المعد" لذلك بالأصل ، إنتهى .
والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ، وكلام الأصحاب في المقام ، والكلام في ذلك بما يستر الله تعالى فهمه بتوقيفه وببركة أهل الذكوة عليهم السلام .
فمن الأخبار ما رواه في الكافي^(٢) عن أبي العباس البقباق قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل أحق" بولده أم المرأة ؟ فقال : لا بل الرجل ، قال : فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها أنا أرضع إبني بمثل ما تجد من ترضعه فهي أحق" به .**

(١) المصباح المنير ج ١ ص ١٩٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ح ٣ وليس فيهما «قال» الثانية .

وفي معنى هذه الرواية روايات تقدمت في الموضع الثامن من المورد الأول من التكملة في الرضاع .

وفي الصحيح أو الحسن عن الحلبي ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : العجلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها ، وهي أحق بولدها حتى ترضعه بما قبله امرأة أخرى ، إن الله عز وجل يقول : « لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده » ^(٢) الحديث .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٣) عن المنقري عن ذكره قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد أيتهما أحق بالولد ؟ قال : المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج .

ورواه في الفقيه ^(٤) عن المنقري عن حفص بن غياث أو غيره « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام الحديث .

ومارواه في الفقيه ^(٥) عن عبد الله بن جعفر في الصحيح عن أيوب بن نوح « قال : كتب إليه بعض أصحابه أنه كانت لي امرأة ولي منها ولد فخلّيت سبيلها فكتب عليه السلام : المرأة أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأة . »
ومارواه المشايخ الثلاثة ^(٦) عن داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » قال : مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٢ ح ٥ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ح ٤ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٢ وفيه اختلاف يسير .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٢ ح ٦ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٤٥ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ب ١٢٧ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٠ ب ٨١ ح ١ .

بالسويّة ، فإذا فطم فالأب أحقّ به من الام ، فإذا مات الأب فالأم أحقّ به من العصبه ، فإن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الام : لا أرضعه إلّا بخمسة دراهم فإنّ له أن ينزعه منها إلّا أن ذلك خير له وأرفق به أن يذره مع أمّه .
ومارواه في الكافي والتهذيب^(١) عن داود الرقيّ قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة تكحت عبداً فأولدها أولاداً ، ثم إنّه طلقها فلم تقسم مع ولدها وتزوجت ، فلمّا بلغ العبد أنّها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها ، وقال : أنا أحقّ بهم منك إذا تزوجت ، فقال : ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها ، وإن تزوجت حتى يعتق هي أحقّ بولدها منه مادام مملوكاً ، فإذا اعتق فهو أحقّ بهم منها .
ومارواه الصدوق^(٢) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أيما امرأة حرة تزوجت عبداً فولدت منه أولاداً فهي أحقّ بولدها منه وهم أحرار ، فإذا اعتق الرجل فهو أحقّ بولده منها لموضع الأب .

ومارواه في الكافي^(٣) في الموثق عن جميل و ابن بكير جميعاً « في الولد من الحرّ والمملوكه ، قال : يذهب إلى الحرّ منهما » .
وروى ابن الشيخ في أماليه^(٤) عن أبيه عن أبي الصلت عن ابن عقدة عن عبد الله ابن علي عن الرضا عن آبائه عن علي عليه السلام « أن النبي صلى الله عليه وآله قضى بابتنة حمزة لخالته ، وقال : الخالة والدّة » .

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ٤٥ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٧ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ب ٧٣ ح ٢ وفيها اختلاف يسير .
(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ح ١ .
(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨٢ ب ٧٣ ح ٣ .
(٤) أمالي ابن الشيخ ص ٢١٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨٢ ب ٧٣ ح ٤ .

و روى ابن إدريس في مستطرفات السرائر^(١) من كتاب مسائل الرجال ومكاتبهم من مولانا أبي الحسن علي بن محمد عليه السلام برواية الجوهري و الحميري عن أيوب بن نوح قال : كتب إليه - يعني بشار بن بشير - : جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقها ، متى يجب له أن يأخذ ولده ؟ فكتب : إذا صار له سبع سنين ، فإن أخذه فله ، وإن تركه فله .

هذا ما حضرني من أخبار المسألة ، والكلام في هذا المقام بما يحيط بأطراف النقض والابرام يقع في مسائل :

الاولى : في الحضانة وقت الرضاع وبعده ، (أما) الأول فقد صرح جملة من الأصحاب بأن الأم أحق بالولد مدة الرضاع قال في المسالك : و لا خلاف فيه إذا كانت متبرعة أو رضيت بما تأخذ غيرها من الاجرة .

أقول : و يدل على ما ذكره جملة من هذه الروايات المنقولة هنا ، وما تقدم في الموضوع الثامن من المورد الأول من التكملة ، إلا أن ابن فهد في المهذب ادعى الاجماع أيضاً على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الرضاع ، قال : وقع الاجماع على اشتراك الحضانة بين الأبوين مدة الحولين ، وعلى سقوطها بعد البلوغ ، انتهى . ويدل على ما قاله رواية داود بن الحصين^(٢) وقوله عليه السلام فيها « مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين بالسوية » إلا أنها تضعف عن معارضة تلك الأخبار الدالة على القول الأول سنداً و عدداً . و بالجملة فإنه لا إشكال بعد دلالة هذه الأخبار على أحقية الأم به مدة الرضاع إذا تبرعت أو رضيت بما رضي به غيرها . وإنما الاشكال فيما إذا سقط حقها من الرضاة و استرضع الأب غيرها بأن لم تبرع و لم ترض بما رضي به غيرها ، فإنه قد تقدم في رواية داود بن الحصين أن للاب أن ينزعه منها ، وحينئذ إذا زال حقها من الرضاع فهل يزول

(١) السرائر ص ٤٧٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٢ ح ٧ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ١٩٠ ب ٨١ ح ١ .

أيضاً حقها من الحضانة أم يبقى؟ قولان: وبالأول صرح المحقق في الشرائع وإلى الثاني ذهب ابن إدريس فقال: لا يسقط حقها من الحضانة، لأنهما حقان متغايران، فلا يلزم من سقوط أحدهما سقوط الآخر، وهو قوي من حيث الاعتبار، إلا أن ظاهر قوله ^(١) في رواية داود بن الحصين أن للأب أن ينزعه منهما إن لم ترض بمارضي به غيرها يرد ما ذكره، ويؤيده أيضاً مفهوم رواية أبي الصباح الكناني ^(٢) ورواية أبي العباس ^(٣)، وإلى القول بما ذهب إليه المحقق مال السيد السند في شرح النافع لما ذكرناه، وأيده بما يلزم من الحرج في تردد المرضعة إلى الأم في كل وقت يحتاج الولد إلى الرضاع والعسر المنفيين بالآية والرواية وظاهر جده في المسالك والروضة الميل إلى ما ذهب إليه ابن إدريس إستضعافاً لرواية داود بن الحصين، وإمكان حملها على أن المراد نزعه من جهة الرضاع لا مطلقاً، قال: والضرر بذلك لا يبلغ حداً لاسقاط الحق الثابت، وحينئذ فتأتي المرضعة وترضعه عندها مع الامكان، فإن تعذر حمل الصبي إلى المرضعة وقت الارضاع خاصة، فإن تعذر جميع ذلك إتجه سقوط حقها من الحضانة للحرج والضرر. أقول: والأقرب هو ما ذهب إليه المحقق - رحمه الله عليه - لظاهر الروايات المذكورة، وإن كان ما ذهب إليه ابن إدريس لا يخلو من قوة من حيث الاعتبار. هذا بالنسبة إلى مدة الحولين، (وأما) بعدهما فقل: إن الأب أحق بالذكر والام أحق بالأنثى حتى تبلغ سبع سنين، وهو قول الشيخ في النهاية وابن إدريس وابن البراج وابن حمزة والمحقق.

وقيل: إن الأم أحق بالذكر مدة الحولين، وبالأنثى إلى تسع سنين وهو قول الشيخ المفيد ^(٤) وتلميذه سائر وقيل: إن الأم أحق بالولد ما لم تتزوج،

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ب ٨١ ح ٢ و ٣.

(٢) قال في المقنعة: وإذا فصل الصبي من الرضاع كان الأب أحق بكفالة من الأم، والأم أحق بكفالة البنت حتى تبلغ تسع سنين إلا أن تتزوج، فإن تزوجت كان الأب أحق بكفالة البنت حينئذ، انتهى. (منه - قدس سره -).

ذهب إليه الصدوق في كتاب المقنع وقيل : إن الام "أحق" بالبنت ما لم تتزوج ، وبالصبي إلى سبع سنين ، إختاره ابن الجنيد و الشيخ في الخلاف محتجاً بإجماع الفرقة وأخبارهم ، وأنكر ابن إدريس في سرائره هذا القول وبالع في ردّه فقال : ما ذكره شيخنا في مسائل خلافه قول بعض المخالفين ، وما اخترناه هو الصحيح ، لأنه لا خلاف أن الأب "أحق" بالولد في جميع الأحوال ، وهو المولى عليه والقيّم بأمره ، فأخرجه بالاجماع الحولين في الذكر ، وفي الانثى السبع سنين ، فمن ادعى أكثر من ذلك يحتاج إلى دليل قاطع ، وهو مذهب شيخنا في نهايته ، والعجب قوله في آخر المسألة «دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم» وهو ممّا يضحك به الثكلى، من أجمع منهم معه ؟ وأي "خبر لهم في ذلك؟ بل أخبارنا بخلافه واردة ، وإجماعنا بضد" ما قاله - رحمه الله - . ورد "العلامة في المختلف على ابن إدريس وبالع في تهجينه والازراء عليه بجرأته على الشيخ .

أقول : لا ريب أن "كلام ابن إدريس جيّد لكن الأولي الاقتصار على بيان المسألة من غير تعرض للازراء بالشيخ - رحمه الله عليه - .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن "ما تضمنته القول الأول من أن الأب "أحق" بالذكر ظاهر من الأخبار المتقدمة الدالة على اختصاص الام" به مدة الحولين ، فإن مفهومها أنه بعد الحولين تصير الحضاة للأب ، و أما ما تضمنته من أن الام "أحق" بالانثى حتى تبلغ سبع سنين فلم تقف له على نص" صريح ، وليس في الأخبار المتقدمة وهي أخبار المسألة كلاً - ممّا يتضمّن السبع إلا صحيحة أيوب بن روح وروايته المنقولة من مستطرفات السرائر ، وظاهرهما العموم لكل" من الذكر والانثى ، وأن الام "أحق" بهما في هذه المدة، وإلى العمل بهذه الصحيحة على عمومها مال السيّد السند في شرح النافع ، والشيخ ومن تأخّر عنه حملوها على البنت جمعاً بينها وبين ماد" على أن" الذكر بعد الحولين تصير حضاته إلى الأب ، وحينئذ فيصير الخبر باعتبار ذلك دليلاً لما ذكره في النهاية .

وأما القول الثاني فالوجه في حكم الذكر ظاهر ممّا عرفت . وأما الاثنى وأنها في حضنة الامّ إلى تسع سنين فلم نقف على خبر يدلّ عليه ، وقد اعترف بذلك من تقدمنا أيضاً ، ولعلّ شيخنا المفيد - رحمة الله عليه - وصل إليه خبر بما ذكره وإن لم يصل إلينا .

وأما القول الثالث - وهو مذهب الصدوق - فيدلّ عليه رواية المنقري^(١) المتقدمة ، ورواية حفص بن غياث^(٢) والشيخ - رحمه الله - قد حمل الرواية تارة على ما إذا كانت تكفله بما يكفله غيرها ، قال: ويحتمل أن يكون المراد بالولد هنا الاثنى ويحتمل أن يكون المراد به مالم يقطم .

وأما القول الرابع فقد عرفت ما فيه من كلام ابن إدريس ، والأقرب عندي في الجمع بين أخبار المسألة هو أن يقال: إنّه بعد الطلاق إن وقع الشاجر والنزاع بين الأبوين في الحضنة فالظاهر أن الأب أحقّ به إلّا في مدة الحولين إذا رضيت بما يرضى به غيرها ، أو تبرعت ، فإنّها تصير حينئذٍ أحقّ ، وإلى ما ذكرنا من من أحقيّة الأب يشير قوله عليه السلام في رواية البقباق^(٣) بعد أن سأله : الرجل أحقّ بولده أم المرأة ؟ فقال: بل الرجل ، وإن لم يكن هناك تنازع بينهما فالأمّ أحقّ به إلى السبع مالم تتزوج ، وعلى ذلك يحمل ما دلّ على السبع على عمومه ، ويؤيده ماورد في جملة من الأخبار الدالة على ما ينبغي أن يفعل بالولد في مبدأ نشوه وتربيته . ففي خبر يونس^(٤) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: دع ابنك يلعب سبع سنين وألزمه نفسك سبعاً ، فإن أفلح وإلّا فإنه لا خير فيه .

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧٥ ب ٦٨ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٤ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٤٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٣ ح ١ .

وفي الفقيه^(١) عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : يربى الصبي سبعاً ، ويؤدب سبعاً ويستخدم سبعاً .

وفي رواية يونس بن يعقوب^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أمهل صبيك حتى يأتي له ست سنين ، ثم ضمه إليك سبع سنين ، فأدبه بأدبك ، الحديث .
وفي رواية ابن أسباط^(٣) عن عمته عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الغلام يلعب سبع سنين ، ويعلم الكتاب سبع سنين ، ويتعلم الحلال والحرام سبع سنين ، فإنه لا يخفى أن السبع التي هي مدة التربية واللعب إنما يكون عند الام لأنها هي المربية له ، وإليه يشير قوله «ثم ضمه إليك وأزمه نفسك» يعني بعد تلك السبع ، وهو ظاهر في أن الأب إنما يضمه إلى نفسه وتصور الحضانة له بعد تلك السبع التي مضت للولد عند أمه ، ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى .

المسألة الثانية : قد صرح الأصحاب بأن حضانة الام حيث ثبت لها الحضانة مشروطة بشروط :

الأول : أن تكون مسلمة إذا كان الولد مسلماً كولد المسلم المحكوم بالاسلام لاسلام أبيه ، وعلل بأن الحضانة ولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، للآية^(٤) وبأنها تفتنه عن دينه لأنه ينشأ على ما يألفه منها .

قالوا : ولو كان الولد كافراً تبعاً لأبويه فحضنته على ما فصل إن ترافعوا إلينا .
الثاني : أن تكون حرة ، فلا حضانة لها لو كانت أمة لأن منافعتها مملوكة

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣١٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٥ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٤٦ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١١١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٣ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١١١ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩٤ ح ١ .
وليس في المصادر «ان» .

(٤) سورة النساء - آية ١٤١ .

لسيّدتها ، فهي مشغولة بخدمته عن الحضانة ، و لأنّ الحضانة ولاية ، و المملوك ليس أهلاً لها .

أقول : و يؤيّد به يدلّ عليه ما تقدم من رواية داود الرقي^(١) و صحيحة الفضيل بن يسار^(٢) و مقطوعة جميل وابن بكير^(٣) و التقريب فيها أنّه رتب الولاية في الحضانة على الحرية فمنع الأب من الحضانة مادام رقاً ، و أنّما يجوز له بعد الحرية مع ما عرفت آنفاً من أنّ الحضانة للأب إلا في مدة الرضاع

الثالث : أن تكون عاقلة ، فلا حضانة للمجنون لأنّ المجنون يحتاج إلى من يحضنه ، فكيف يحضن غيره ، قالوا : ولا فرق بين أن يكون الجنون مطبقاً أو ادواراً ، إلا أن يقع نادراً من غير أن تطول مدته فلا يبطل الحق ، وفي إلحاق المرض المزمن الذي لا يرجي زواله كالسلّ والفالج بحيث يشغل الألم عن كفالته و تدبير أمره وجهان : من اشتراكهما في المعنى المانع من مباشرة الحفظ ، و أصالة عدم سقوط الولاية مع إمكان تحصيلها بالاستئابة ، ولعلّ هذا أرجح .

قيل :^(٤) ولو كان المرض ممّاعدي كالجذام والبرص فالأظهر سقوط حضانتها بذلك تحرراً من تعدي الضرر إلى الولد ، وهو مبني على الخبر الوارد عنه ^{في الأصل} ^{في الأصل} « فر من المجذوم فرارك من الأسد » و يحتمل بناءً على خبر^(٥) « لا عدوى ولا طيرة » و خبر من ذا الذي أعدى الأول عدم سقوط الولاية ، و الشهيد في قواعده ذكر

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٥ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٧ ح ١٠ الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ب ٧٣ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٤ .

(٤) القائل السيد السند في شرح النافع منه - قدس سره - .

(٥) الفقيه ج ٤ ص ٢٥٨ ح ٤ ، الوسائل ج ٨ ص ٤٣١ ح ٢ .

(٦) الوسائل ج ٨ ص ٣٧٠ ب ٢٨ ح ١ .

هذا شرطاً على حدة .

الرابع: أن تكون فارغة من حقوق الزوج، فلو تزوجت سقط حقها من الحضنة. أقول: ويدل على هذا الشرط ما تقدم في حديثي المنقري وحفص بن غياث الدالين على أن المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج، ونقل الشهيد الثاني في الروضة الإجماع على هذا الشرط وإطلاق النص، وكلام الأصحاب يقتضي أنه لا فرق في سقوط حقها بالتزويج بين دخول الزوج وعدمه، ويحتمل اختصاص السقوط بحال الدخول لأنه الذي يحصل فيه الاشتغال بحقوق الزوج المانعة لها من الكفالة. بقي الكلام في أنه لو طلقت الأم فهل تعود إليها الولاية لزوال المانع وهو التزويج؟ أم لا لخروجهما بالنكاح عن الاستحقاق فلا تعود إلاً بدليل؟ قولان: أولهما للشيخ، والثاني لابن إدريس، والشيخ إنما استدل هنا بأخبار العامة، فاحتج بما رواه أبو هريرة^(١) «أن النبي ﷺ قال: الأم أحق بحضنة ابنها ما لم تتزوج» قال: حدث حقها بالتزويج، فإذا زال التزويج فالحق باقٍ على ما كان. وعن عبد الله بن عمر^(٢) «أن امرأة قالت: يا رسول الله ﷺ إن ابني هذا كان بطني له وعاء، ونديي له سقاء، وحجري له حواء، وأن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها النبي ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي».

احتج ابن إدريس بأن الحق خرج عنها بالنكاح وعوده يحتاج إلى دليل، والرسول ﷺ جعل غاية الاستحقاق للحضنة التي تستحقها الأم تزويجها، وهذه قد تزوجت. فخرج الحق منها.

والعجب من الشيخ في استناده إلى هذه الأخبار العاقبة، مع روايته للأخبار التي من طرق أهل البيت ﷺ في كتب الحديث.

قال العلامة في المختلف بعد نقل القولين المذكورين: والوجه ما قاله

(١) سنن أحمد ج ٢ ص ٢٠٣ وفيه «عن عمرو بن العاص» مع اختلاف يسير.

(٢) سنن ابن داود ج ٢ ص ٢٨٣ ح ٢٢٧٦.

الشيخ لأن "الحضانة جعلت إرفاقاً بالصبي ، فإذا تزوجت الأم خرجت باشتغالها بزوجه وحقوقه عن الحضانة للطفل ، فلهذا سقطت ، فإذا طلقت زال المانع فيبقى المقتضى سليماً عن المعارض فيثبت حكمه ، وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى هذا القول أيضاً حيث جعله الأقرب ، و الظاهر أنه كذلك ، ثم إنه بناءً على العود بالطلاق فظاهر كلام السيد المشار إليه أنه إنما يعود بمجرد الطلاق إذا كان الطلاق بائناً ، ولو كان رجعيّاً فبعد العدة .

و فيه أنه من الممكن ترتب الحكم على مجرد الطلاق في الرجعي أيضاً بناءً على أنها لا يجب عليها بعد الطلاق شيء من حقوق الزوجية التي بها حكموا بزوال حضانتها بالتزويج ، وحينئذ فتكون فارغة لكفالة الصبي والقيام بأحواله .
الخامس: أن تكون أمينة ، فالحضانة لمن لأمانة لها ، قال في شرح النافع: وهذا الشرط لم يعتبره المصنف ، وقد اعتبره الشيخ في المبسوط وجماعة منهم الشهيد في القواعد ، ولا بأس به لأن من لأمانة لها ربماً خانت في حفظ الولد ، ولأن في التكليف بتسليم الولد إلى غير المأمونة عسراً وحرماً فكان منفيّاً .

أقول : لا يخفى ما في هذه التعليقات العلية ، فإن الخروج عما ثبت شرعاً لها من حق الحضانة بمثل هذه التعليقات لا يخلو من مجازفة ، على أنه من المعلوم الذي جبلت عليه الطباع حنو المرأة على ولدها وحرصها على القيام به واللطف به في جميع أحواله وحرصها على ما يصلحه وينفعه ، كل ذلك جبلة وطبيعة و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا مرية فيه ، و كيف مع هذا يتم ما ذكره من قوله «وربما خانت في حفظ الولد» .

وبالجملة فإن كلامه - رحمه الله - عندي هنا غير موجه ، على أنه لو تم ما ذكره من هذه التخريجات لجرى ذلك في الأب أيضاً و هو معلوم البطلان ، ولعل ترك هذا الشرط هو الأظهر ، فإن الأم لمزيد شفتها وحنوها على ولدها طبيعة وجبلة يمنع مما توهّمه علّة لهذا الشرط .

السادس : أن تكون مقيمة ، فلو انتقلت إلى محلّ تقصر فيه الصلاة سقط حقها من الحضانة عند الشيخ في المبسوط ، ثمّ نقل عن قوم أنّه إن كان المنتقل هو الأب فالأمّ أحقّ به ، وإن انتقلت الأمّ فإن كان انتقالها من قرية إلى بلد فهي أحقّ به ، وإن كان من بلد إلى قرية فالأب أحقّ به ، لأنّ في السواد يقلّ تعليمه وتخرجه ، وقال - بعد نقل ذلك - : إنّه قوي ، وحكى الشهيد في قواعده قولاً بأنّ الأب لو سافر جاز له استصحاب الولد وسقطت حضانة الأم .

أقول : الظاهر أنّ جميع هذه التفريعات والتعليقات كلّها من كلام العامة ، كما عرفت في غير موضع من الكتب السابقة ، جرى عليها الشيخ في المبسوط وتبعه غيره .

ولا يخفى ما في بناء الأحكام الشرعيّة عليها من المجازفة في أحكامه سبحانه المبنيّة على النصوص الواضحة من الكتاب والسنة ، كما استفاضت به أخبارهم عليهم السلام .
المسألة الثالثة : قد صرحوا بأنّه لو مات الأب وقد صارت الحضانة له بأن كان الولد أكبر من سنتين و البنت أكبر من سبع - بناءً على ما ذكره ممّا تقدم نقله عنهم - فإنّ الحضانة تنتقل إلى الأمّ دون الوصي المنصوب من قبل الأب وغيره ، وكذا تكون الأمّ أحقّ لو كان الأب مملوكاً أو كافراً وإن تزوجت ، إلّا أن يعتق المملوك ويسلم الكافر .

أقول : أمّا الحكم الأول فلم أقف له على دليل في النصوص و هم أيضاً لم يذكروا له دليلاً ، وإن كان من الأدلّة الاعتبارية التجارية في كلامهم ، والمقطوع به في النصوص هو أنّ الحضانة لها في مدة الرضاع كما تقدم ، وأنّ الأب لا يزاوجها فيها ، فلومات في هذه الحال فالأمّ باقية على ولايتها ، وليس للوصي معارضتها لأنّها إذا كانت في هذه الحال أولى من الأب على تقدير وجوده فهي أولى من وصيه بطريق الأولى مع موته .

و كذا في السبع في البنت على ما يدعونه ممّا تقدم في كلامهم لعين ما ذكر ،

وأما بعد هذه المدة فيما إذا صارت الولاية للأب لومات الأب فلا أعرف دليلاً على رجوع الولاية لها ، وأنها حق الوصي ، إلا أن ظاهر كلامهم الاتفاق على أنها للام ، و فرعوا عليه أيضاً عدم الفرق بين كون الام متزوجة أم لا ، وبهذا التعميم صرح العلامة في الارشاد فقال: ولومات الأب لم تسقط به يعني التزويج، واستحققت الحضانة إلى وقت التزويج .

وأما الحكم الثاني ، فأما بالنسبة إلى كون الأب مملوكاً فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار مثل رواية داود الرقي^(١) وصحيحة الفضيل بن يسار^(٢) ومقطوعة جميل وابن بكير^(٣) ، وفي الأولى دلالة على الأولوية وإن تزوجت كما ذكره ، وأما بالنسبة إلى كونه كافراً فاستدلوا عليه بمفهوم الأولوية من المملوك فإنه متى كانت الام أولى من الأب المملوك فبطريق الأولى تكون أولى من الكافر ، لأنه أبعد من الولاية .

المسألة الرابعة : قد اختلف الأصحاب في حكم الحضانة مع فقد الأبوين اختلافاً زائداً لعدم النصوص الواردة في هذا المقام غير رواية ابن الشيخ الطوسي في أماليه الواردة في ابنة حمزة ، والأكثر في هذه المسألة على تعدي الحكم إلى باقي الأقارب، وترتيبهم على ترتيب الارث تمسكاً بظاهر قوله تعالى «واولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله»^(٤) فإن الأولوية تشمل الارث والحضانة وغيرهما ، ولأن الولد يفتقر إلى التربية والحضانة، فلا بد من أن يكون له من يقوم بذلك ، والقريب أولى من البعيد ، وعلى هذا فمع فقد الأبوين ينظر في الموجود من الأقارب ، و يقدر لو كان وارثاً ، ويحكم له بحق الحضانة ، ثم إن اتحد اختص ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٤٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ب ٧٣ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨٢ ب ٧٣ ح ٣ .

(٤) سورة الأنفال - آية ٧٥ .

وإن تعدد اقرع بينهم لما في اشتراكهم من الاضرار بالولد .
قال في المسالك : وهذا القول هو المعتمد . وقيل : إنه مع فقد الأبوين
تكون الحضنة لأب الأب مقدماً على غيره من الاخوة و الأجداد ، وإن شاركوه
في الارث ، وهذا هو الذي قطع به المحقق و العلامة في غير المختلف و جماعة
منهم الشيخ في موضع من المبسوط وابن إدريس كما سيأتي في نقل كلامه . وقيل :
إنه مع فقد الأبوين ينتقل الحكم إلى الأجداد ، و يقدمون على الاخوة وإن
شاركهم في الميراث ، ولا يفرق بين الجد للأب وغيره ، و مع فقدهم ينتقل إلى
باقي مراتب الارث ، وهذا القول مذهب العلامة في الارشاد ، وأجمل حكم الأجداد ،
ولم يفصل الحكم في الأجداد مع التعدد والعلو ، ومن يتقرب منهم بالأب أو الام .
وقيل : إنه مع موت الأب تقوم أمه مقامه في ذلك ، فإن لم يكن له أم وكان له
أب قام مقامه في ذلك ، فإن لم يكن له أب ولا أم كانت الام التي هي البدة أحق
به من البعد ، وهذا القول مذهب الشيخ المفيد في المقنعة . وقيل : إن من مات
من الأبوين كان الباقي أحق به من قرابة الميت إلا أن يكون المستحق له غير
رشيد ، فيكون من قرب إليه أولى به ، فإن تساوت القربات قامت القربات مقام من
هي له قرابة في ولايته - إلى أن قال : - والام أولى مالم تتزوج ثم قرابتها أحق
به من قرابة الأب لحكم النبي ﷺ ^(١) بابنة حمزة لخالتها دون أمير المؤمنين عليه السلام
وجعفر ، وقد طالبا بها لأنها ابنة عمهما جميعاً ، وقال أمير المؤمنين عليه السلام : عندي ابنة
رسول الله ﷺ و هي أحق بها ، فقال رسول الله ﷺ : ادفعوها إلى خالتها ، فإن
الخالة أم . وهذا القول لابن الجنييد ، وفي المسألة أقوال اخر غير ما ذكرناه .
أقول : والمسألة لعدم النص لا تخلو من الاشكال إلا أن الظاهر أن ما ذكره
ابن إدريس ^(٢) هنا هو الأقرب إلى جادة الاعتدال حيث قال - بعد أن نقل عن

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٨٢ ب ٧٣ ح ٤ .

(٢) السرائر لابن إدريس ص ٣١٩ .

الشيخ في الخلاف كلاماً طويلاً يتضمن تعدية ولاية الحضانة إلى باقي الوراث و تقديم بعضهم على بعض - ماصورته : ما ذكره الشيخ في الخلاف من تخريجات المخالفين ومعظم قول الشافعي ، و بناهم على القول بالعصبة ، وذلك عندنا باطل ، ولا حضانة عندنا إلا للام^١ نفسها والاب ، فأما غيرهما فليس لأحد عليه ولاية سوى الجدة^٢ من قبل الأب خاصة .

قال في شرح النافع : ويظهر من المصنف في الشرائع الميل إلى هذا القول ، ولا يخفى وجاهته ، وإثما قلنا بثبوت الولاية للجد^٣ من قبل الأب لأن^٤ له ولاية المال والنكاح ، فيكون له ولاية التربية بطريق أولى ، وإثما كانت الام^٥ أولى منه بالنص ، فمع عدمها وعدم من هو أولى منه تثبت الولاية ، وعلى هذا فلو فقد الأبوان والجد^٦ فإن كان للولد مال استأجر الحاكم له من يربيه من ماله ، فإن لم يكن له مال كان حكم تربيته حكم الانفاق عليه ، فيجب على المؤمنين كفاية^٧ .
إنتهى و هو جيد ، ولهم هنا تفرعات على ما ذكره من الأقوال أعرضنا عن التطويل بنقلها لما عرفت في الأصل المبني^٨ عليه في المقام من كونه في معرض التزلزل والانهدام .

المقصد الخامس في النفقات :

وأسبابها ثلاثة : الزوجية ، والقرابة ، والملك ، ولا خلاف بين علماء الاسلام في وجوبها : بهذه الثلاثة ، وحينئذ فالكلام في هذا المقصد يقع في مطالب ثلاثة .
الاول في الزوجية : و الأصل في وجوب نفقة الزوجة الكتاب و السنة
قال الله عز وجل و الرجال قوا^٩ امون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض و بما أنفقوا من أموالهم^(١) وقال سبحانه و لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله لا يكلّف الله نفساً إلا ما آتاهها سيجعل الله بعد عسر يسراً^(٢) .

(١) سورة النساء - آية ٣٤ . (٢) سورة الطلاق - آية ٧ .

و روى ثقة الاسلام في الكافي^(١) عن إسحاق بن عمار في الموثق « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسناً ؟ قال : يشبعها ويكسوها وإن جهات غفر لها » .

وروى في الفقيه^(٢) في الصحيح عن ربعي عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام « في قوله عز وجل « ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » قال : إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة ، وإلا فرق بينهما » .

وعن عاصم بن حميد^(٣) عن أبي بصير في الصحيح « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما ، إلى غير ذلك من الأخبار التي تقدم جملة منها في الفائدة السادسة عشر من فوائد المقدمة .

إذا عرفت ذلك فتحقيق الكلام في المقام يتوقف على بسطه في مسائل :

الاولى : لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط النفقة بالعقد الدائم ، فلا يجب لمتنّح بها نفقة ، وإليه يشير قول الصادق عليه السلام في رواية زرارة^(٤) « تزوج منهن ألقاً فإنما هن مستأجرات » وقول أبي جعفر عليه السلام في رواية محمد بن مسلم^(٥) « لأنّهما لا تطلق ، ولا تورث وإنّما هي مستأجرة » ومن المعلوم أن الأجير لا نفقة^(٦) وإنّما

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٥ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ب ١ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٦ ح ٢ ، وما في المصادر « فإنهن » .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٩ ح ٤٦ مع زيادة فيه ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٦ ح ٤ وما في المصادر « لا ترث » وهو الصحيح .

(٦) والصحيح « لا نفقة له » .

الخلافاً بينهم في أنه هل تجب النفقة بمجرد العقد إذا كان دائماً وإن سقطت بالنشوز ، أو أنه يشترط مع العقد التمكين الكامل ؟ وعرفه المحقق في الشرائع بأنه التخلية بينها وبينه بحيث لا يختص "موضعاً ولا وقتاً" . فلو بذلت نفسها في زمان دون زمان أو مكان دون آخر مما يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين قولان ، الأكثر على الثاني ، بل لم أقف على مصرح بالأول وإن ذكر بلفظ «قيل» . ثم إنّه على تقدير القول المشهور فهل يتوقف حصول التمكين على لفظ من قبل المرأة يدلّ على ذلك مثل أن تقول : سلّمت نفسي إليك في أيّ مكان شئت ونحو ذلك مع حصول التخلية أم لا ؟ قولان ، وبالأول صرح العلامة في التحرير ، وصرح في المسالك بأنه ذلك ظاهر كلام جملة من الأصحاب ثم استشكل في ذلك ^(١) .

أقول : بل يجب القطع بعدمه ، أمّا (أولاً) فلعدم الدليل عليه ، والقائل به لم ينقل عنه ذكر دليل على ذلك ، ولو من الأدلة الاعتبارية الجارية في كلامهم وأصالة العدم أقوى مستمسك حتى يقوم الدليل الواضح من الكتاب أو السنة على ما يوجب الخروج عنه ، وهذه قاعدتهم في غير مقام من الأحكام .

وأما (ثانياً) فلأنّ الأصل المبنيّ عليه هذا القول أعني القول بوجوب التمكين على الوجه الذي عرفت ، وأنّ وجوب النفقة متوقف على ذلك ممّا لم يقيموا عليه دليلاً واضحاً ولا برهاناً لا يباح ، غير مجرد الدعوى مع ظهور الأدلة على خلافه ، وهو ما قدمناه من الأخبار الدالة على ترتّب وجوب النفقة على مجرد

(١) حيث قال : واعلم أن الظاهر من كلام المصنف وغيره بل صرح به بعضهم أن التمكين لا يكفي حصوله بالفعل ، بل لا بد من لفظ يدلّ عليه من قبل المرأة بأن تقول : سلّمت نفسي إليك حيث شئت وأي زمان شئت ، ونحو ذلك ، فلو استمرت ساكنة وإن مكنت من نفسها بالفعل لم يكف في وجوب النفقة ، ولا يخلو ذلك من إشكال ، انتهى (منه - قدس سره -) . راجع مسالك الأنهار ج ١ وفيه «سلّمت نفسي» .

الزوجة التي لا خلاف في حصولها بمجرد العقد .

قال السيد السند في شرح النافع: وقد اختلف الأصحاب في اعتبار هذا الشرط، فذهب الأكثر إلى اعتباره، وأن العقد بمجرد لا يوجب النفقة، وإثماً يجب بالتمكين، إما بجعله تمام السبب أو سبباً تاماً أو شرطاً في الوجوب، وربما قيل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر لكنّها تسقط بالنشوز، والمعتبر الأول اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الوفاق، وليس فيما وصل إلينا من الأدلة النقلية ما يناهض ذلك صريحاً ولا ظاهراً، إنتهى .

أقول فيه: إن الأخبار التي أشرنا إليها أظهر ظاهراً في ترتب النفقة على مجرد العقد فإن ما اشتمل عليه جملة منها مما ذكرناه ومالم نذكره من قوله «لا يلزم حق المرأة على زوجها» يعني من حيث الزوجية، لأن التعليق على الوصف يشير بالعلية، وهو صريح في المطلوب، ونحوه قوله «من كانت عنده امرأة فلم يكسها»^(١) ويطعمها ما يقيم صليها» النخ أظهر ظاهراً فيما ذكرناه فإنه بمجرد العقد يصدق أنه عنده امرأة .

و بالجملة فدلالة الأخبار على ما ذكرناه أظهر ظاهراً كما عرفت، فدعواؤه أنه لم يصل إليه من الأدلة النقلية ما يناهض ذلك عجيب من مثله - رحمه الله - . وممن وافقنا على هذه المقالة - وإن غلب عليه رعاية الشهرة فتوقف فيما قاله - شيخنا الشهيد الثاني في المسالك^(٢) والحرى أن تنقل جميع ما ذكره في المقام بلفظه وإن طال به زمام الكلام .

قال - قدس سره - بعد الكلام في المقام «ولا ريب في أن النفقة تملك بالعقد والتمكين جميعاً فإنها لا تجب قبل العقد، ولو نشزت بعد العقد لم تطالب بالنفقة، واختلف في أنها بم تجب؟ فقيل: بالعقد كالمهر لا بالتمكين، لدلالة الأدلة السابقة

(١) والصحيح كما في الرواية المتقدمة «فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها...» .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨٤ وفيه «لا بالتمكين» .

على وجوبها للزوجة من غير تقييد، غايته أن النشوز لما ثبت أنه مانع من وجوب الاتفاق كان الشرط عدم ظهور المانع، فما لم يوجد المانع يستمر الوجوب المعلق على الزوجية الحاصلة بالعقد، فالعقد مثبت، والنشوز مسقط، ولأنها تجب للمريضة والرتقاء، وقيل: لا تجب بالعقد مجرداً بل بالتمكين، لأن المهر يجب به والعقد لا يوجب عوضين مختلفين، ولأن النفقة مجهولة الجملة، والعقد لا يوجب مالا مجهولاً، ولما روي أن النبي ﷺ تزوج ودخل بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله، ولقوله ﷺ^(١) «إتقوا الله في النساء فإنهن عوار عندكم، إتخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»، أوجب لهن إذا كن عند الرجال، وهو يدل على التمكين، ولأن الأصل براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقي على الأصل، وفي جميع هذه الأدلة نظر، لأن عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين وعدم إيجابه مالا مجهولاً مجرد دعوى أو استبعاد قد دلت الدليل على خلافهما فإن الآيات الدالة على وجوب النفقة على الزوجة من غير تقييد يدل على أن العقد أوجب النفقة على ذلك الوجه، وأي مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما في شراء الدابة والمملوك، فإن العقد يوجب الثمن كالمهر، ويوجب الاتفاق المجهول من غير شرط إجماعاً، وعدم إنفاق النبي ﷺ قبل الدخول - لو سلم - لا يدل على عدم الوجوب بإحدى الدلالات، والخبر يدل على خلاف مطلوبكم لأن الضمير في قوله ﷺ «ولهن عليكم» يعود على النساء المصدر بذكرهن، وهن أعم من الممكّنات، وصفهن بالوصفين لا يدل على التمكين المدعى كونه شرطاً أو سبباً لأن استحلال فروجهن يحصل مع التمكين التام وعدمه، وأما

(١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٢٥ من باب ٧٤، سنن أبي داود ج ٢ ص ١٨٥ من باب ٥٦، سنن الدارمي ج ٢ ص ٤٨، تحف العقول ص ٣٠ مع اختلاف يسير، وليس في المصادر «فإنهن عوار عندكم».

أصالة البراءة فإنما تكون حجة مع عدم دليل ناقل عنه ، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالة على وجوب نفقة الأزواج ، والأصل عدم التخصيص ، وعلى كل حال فالأظهر بين الأصحاب هو القول الثاني كما أشار إليه المصنف - رحمه الله - ، إنه انتهى ، وهو جيد وجيه كما لا يخفى عن الفطن النبیه .

ولكنّه - رحمه الله عليه - لمراعاة الشهرة في المسألة لم يصرح بالفتوى بما قاله ، وفي قوله « وكذا قول المحقق في المتن » إن ذلك يعني شرطية التمكين أو سببته هو الأظهر بين الأصحاب ما يؤذن بالتردد ، بل المحقق قد صرح في متن عبارته بالتردد ، فقال « وفي وجوب النفقة بالعقد أو بالتمكين تردد ، أظهره بين الأصحاب وقوف الوجوب على التمكين » و هو ظاهر في بقائه على التردد ، لتخصيصه الأظهرية بالأصحاب ، ولم يذكر أن الأظهر عنده ذلك .

وبالجملة فالأظهر هو القول المخالف للمشهور ، فإنه هو المؤيد بالأدلة والمنصور ، وما عدل بمحل من الضعف والقصور ، و تنقيح البحث في المسألة يتم برسم فوائد :

الاولى : قد صرحوا بأنه يظهر فائدة الخلاف المذكور في مواضع : منها ما لو اختلفا في التمكين بأن ادعته المرأة و أنكره الزوج ، فإن قلنا إن التمكين سبب أو شرط فالقول قول الزوج ، وعلى المرأة البيّنة ، لأنها تدعي ما يخالف الأصل ، وإن قلنا إنها تجب بالعقد والنشوز مانع كان القول قولها لأن الأصل استمرار ما ثبت بالعقد ، و هو يدعي السقوط بالنشوز فعليه البيّنة .

ومنها ما لو لم يطالبها الزوج بالزفاف ، ولم تمنع هي منه ولا عرضت نفسها عليه ومضت لذلك مدة ، فإن اعتبرنا التمكين فلا نفقة لها لأنه لم يحصل من جانبها تمكين قولي ولا فعلي كما هو المفروض ، وإن قلنا إنها تجب بالعقد وتسقط بالنشوز وجبت النفقة ، إذ المفروض أنه لم يقع من جانبها امتناع يتحقق به النشوز .

أقول : لا يخفى ما في كلامهم في هذا التمكين الذي ادعوا شرطية أو سببته

في وجوب الانفاق من الاجمال ، وعدم ظهور معنى يترتب عليه الخلاف في هذا المجال، فإنه إن كان عبارة عن أن تبذل نفسها وتعرض نكاحها عليه فهو لا يكون إلا بالقول الذي تقدم، وقد عرفت أنه خلاف المشهور ، وإن كان عبارة عن إجابتها له متى طلب وتسليم نفسها متى أراد من غير تعلل ولا توقف على زمان ولا مكان - كما هو ظاهر تعريف المحقق المتقدم مع تعريفه بالتخلى بينها وبينه - فهو حاصل في هذه الصورة المفروضة ، ولا ثالث لهذه المعنيين ، فإنه متى لم يطالبها الزفاف ولم يطلب الدخول بها وهي منتظرة له في ذلك فالتمكن حاصل ، وإنما حصل التأخير بسببه ، إلا أن يقولوا بأنه يجب عليها أن تخرج من بيتها وتمضي إليه وتطالبه بالدخول ، أو تقول له ذلك القول المتقدم ، وهو ظاهر البطلان .

وبالجملة فإن كلامهم في تحقق معنى هذا التمكن الذي ادعوه غير منقح ولا موجه كما لا يخفى على المتأمل بعين الانصاف .

الثانية : لو كانت الزوجة صغيرة يحرم جماعها فالمشهور أنه لانفقة لها لعدم تحقق التمكين من جانبها من حيث عدم صلاحيتها لذلك عادة .

وقال ابن إدريس^(١) : إذا كانت الزوجة صغيرة والزوج كبير وجب عليه نفقتها لعموم وجوب النفقة على الزوجة ، ودخوله مع العلم بحالها ، وهذه ليست ناشراً والاجماع منعقد على وجوب النفقة على الزوجات .

واعترضه السيد السند في شرح النافع فقال - بعد نقل كلامه - : وفي ثبوت ما ادعاه من العموم نظر ، وفي الاجماع منع ، مع أنه - رحمه الله - يعتبر في وجوب النفقة التمكين ، لا انتفاء النشوز ، والتمكين لا يتحقق مع الصغر ، إنتهى .

أقول : أما قوله «إن» في ثبوت ما ادعاه من العموم نظر ، فهو محل نظر لما عرفت من ظاهر الآيات والأخبار الدالة على وجوب النفقة مع تحقق الزوجية من غير تقييد بحال ولا زمان . نعم ما أورده عليه من أنه قائل بشرطية التمكين

والتمكين هنا غير حاصل فهو ظاهر الورد عليه ، إلا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن التمكين الواجب على تقدير القول به إنما هو ممتن له أهلية ذلك ، وإن كان ظاهر كلامهم الأعم من ذلك حيث حكموا هنا بأن العلة في عدم وجوب النفقة هو عدم التمكين من حيث صفرها وعدم قابليتها ، والظاهر أن ما ذكرنا أقرب ، وكيف كان فقول ابن إدريس هو الظاهر من الأخبار المتقدمة المترتب فيها وجوب الانفاق على مجرد الزوجية بقول مطلق .

الثالثة: لو كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيراً قال الشيخ في المبسوط والخلاف لائنفقة عليه ، و ظاهر جملة من الأصحاب منهم ابن الجنيّد والمحقق في الشرائع والعلامة في المختلف والشهيد الثاني وغيرهم بل الظاهر أنه المشهور الوجوب . قال في الشرائع^(١): أمّا لو كانت كبيرة والزوج صغيراً قال الشيخ لائنفقة لها ، وفيه إشكال منشأ تحقيق التمكين من طرفها والأشبه وجوب الانفاق ، إنتهى . واستشكل في شرح النافع كلام المحقق هنا ثم قال : و قول الشيخ منتهج لأنه الأصل ولا مخرج عنه .

أقول : قد عرفت بما قدمناه من التحقيق ترعزع هذا الأصل ، وأنه بالبناء عليه غير حقيق ، وقد بينّا المخرج عنه وهو عموم الآيات والأخبار المستفيضة ، فالظاهر هو ما ذهب إليه الجماعة ، أمّا على ما اخترناه في المسألة من ترتب الوجوب على مجرد حصول الزوجية وعدم ظهور النشوز فظاهر ، و أمّا على ما هو المشهور من اشتراط التمكين فلأنه المفروض ، والأصل عدم اشتراط أمر آخر في الوجوب ، وهو قابلية الزوج للاستمتاع بها .

وعلى ما ذهب إليه الشيخ بوجه عليل نقله في المسالك وأجاب عنه ، على أنه مع ثبوته وصحته فبناء الأحكام الشرعية على مثله - من هذه العلل الاعتبارية والتوجيهات العقلية - مما حظرت الأخبار جوازها ، كما تقدم ذكره في غير موضع .

(١) شرائع الإسلام ص ١٧٦ .

الرابعة : قالوا : إذا غاب الزوج عن المرأة فإن كانت غيبته بعد أن حصل التمكين من الزوجة وجب عليه النفقة واستمرت عليه مدة غيبته ، وإن كانت غيبته قبل التمكين فإن اكتفينا بالعقد وجعلنا النشوز مانعاً فالحكم كذلك حيث لم يثبت النشوز ، وإن اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطاً أو سبباً فلا نفقة لها ، فلو حضرت في هذه الصورة عند الحاكم وبذلت التسليم والطاعة لزوجها اعلم بذلك ، فإن وصل إليها وجبت النفقة حينئذٍ ، وإن لم يفعل ، فإذا مضى زمان يمكنه الوصول فيه إليها عادةً فرض لها الحاكم النفقة في ماله لأن الامتناع منه .

ولو نشزت المرأة مع حضور الزوج فغاب عنها وهي كذلك ثم عادت إلى الطاعة لم تجب نفقتها إلى أن يعلم بعودها ، ويمضي زمان يمكنه الوصول إليها لخروجها بالنشوز عن استحقاق النفقة ، فلا تعود إلا مع تحقق التمكين .

أقول : قد عرفت ممّا قدمناه من التحقيق في المسألة ما في بعض هذه الشقوق من الاختلال وبعض من الاجمال ، وما ذكره من حضورها عند الحاكم على تقدير اعتبار التمكين فلا أعرف له وجهاً ولا ما يوجهه .

نعم الواجب عليها إعلامه ، وبعد علمه بذلك فإنه يجب عليه الانفاق عليها لزوال المانع ، وهو النشوز ، رجوع من سفره أم لم يرجع ، فلو لم يرجع ولم ينفق عليها رفعت أمرها إلى الحاكم حينئذٍ وأخبرته بالحال ليحزي عليها النفقة من ماله .
الخامسة : لا تسقط النفقة بامتناعها عن الوطاء لعذر شرعي كالحيض وفعل الواجب أو عقلي كالمرض ، وهل يفرق في الواجب بين المضيق والموسع أم لا؟ قولان ، فاعتبر الشيخ والعلامة في القواعد في جواز مبادرتها إلى الواجب الموسع من الصوم إذن الزوج ، ونقل عن الشيخ في موضع من المبسوط أنه اعتبر ذلك في قضاء الفريضة أيضاً ، وظاهر جمع منهم السيد السند في شرح النافع عدم الفرق صوماً كان أو صلاةً ، لأصالة عدم ثبوت سلطنته عليها في فعل الواجب ، وهو الأقرب ، والظاهر أنه المشهور ، واتفق الجميع على جواز مبادرتها إلى الصلاة

الواجبة في أول الوقت بغير إذنه ، و فرقوا بينهما بما لا يخلو من نظر ، و على ما اخترناه فلا ضرورة إلى الفرق المذكور ، والمشهور بين الأصحاب أنه لو كان الفعل مندوباً فإن كان ممّا يتوقف على إذن الزوج كالحيض و الصوم فإن فعله بدون إذنه موجب لفساده ، ولكنّه لا يوجب منع النفقة ، لأنّه غير مانع من التمكين ، إلا أن تمنعه من الاستمتاع ، فيكون هو السبب في عدم وجوب النفقة لأنفس العباد . ونقل عن الشيخ أنه أسقط النفقة مع امتناعها من الإفطار ، و أورد عليه بأنه على إطلاقه مشكل ، فإنّ النشوز لا يتحقق بترك غير الاستمتاع فلا يتحقق بمخالفتها في ترك الأكل والشرب إذ لا يجب عليها إطاعته في ذلك ، إلا أن يقال : إن ترك الإفطار يقتضي الامتناع عن الوطء .

وفيه أن الموجب حينئذٍ إنّما هو الامتناع من الوطء ، و عبارة الشيخ أعم لأنّه رتب النشوز على المطالبة بالفطر فتمتنع .

وبالجملة فضعف القول المذكور ظاهر ، وإن كان ممّا لا يتوقف على إذنه جاز لها فعله بغير الاذن إلا أن يكون ذلك مانعاً من الاستمتاع بأن يطلبه منها في ذلك الوقت فتجب عليها طاعته ، لأنّ المندوب لا يعارض الواجب ، ولو استمرت والحال هذه لم تستحق نفقة لتحقق النشوز ، بل يحكم ببطالان الفعل نظراً إلى النهي ، أو يصح وإن أثمت بالمخالفة ، وجهان مبنيان على أن الأمر بالشئ هل يستلزم النهي عن ضده الخاص أم لا ؟ والأظهر عندي الثاني كما تقدم تحقيقه في غير موضع من الكتب المتقدمة .

السادسة : قال في الشرائع^(١) : لو كانت مريضة أو رتقاء أو قرناء لم تسقط النفقة لامكان الاستمتاع بمادون الوطء قبلاً وظهور البذر فيه .

قال في المسالك^(٢) : لما حكم بعدم وجوب الانفاق على الصغيرة ، وإن مكّنت

(١) شرائع الإسلام ص ٢٠٢ .

(٢) مسالك الأفهام ج ١ ص ٥٨٥ .

من حيث تعذر الوطء ذكر ما يمكن أن يشار إليها في الحكم وهو المريضة والرتقاء والقرناء ، وبأنه المصنّف على الفرق بينها وبين الصغيرة بأن الاستمتاع بالرتقاء والقرناء ممكن في مادون الفرج وظهور العذر فيه من حيث كونه مانعاً دائماً ، فلا يناسب إدامة الحبس عليها مع عدم النفقة ، بخلاف الصغيرة فإن لها أمداً يرتقب ، وأما المريضة فإن الوطء وإن تعذر لها مطلقاً إلا أن ذلك عارض متوقع الزوال كالحيض فلا يؤثر ، انتهى .

أقول: لا يخفى ما في هذه التعليقات العليّة في بيان الفرق بين الصغيرة وغيرها ممّا ذكر هنا من الوهم وعدم صلوحها لتأسيس الأحكام الشرعيّة المبنية على التوقيف من صاحب الشريعة .

على أن لقائل أن يقول: إن إمكان الاستمتاع بمادون الوطء الذي جعلوه موجباً للنفقة في هذه الأفراد المذكورة يجري في الصغيرة ، إذا لم يحرم إنمّا هو وطؤها الذي ربّما أوجب إفضاؤها ، وأما الاستمتاع بها بالملاعبة ونحوها فهو ممكن كما في أولئك ، فلم لا تجب لها النفقة ؟

و بالجملة فالجميع مشتركة في العذر المانع من الوطء وإن تفاوتت ، باعتبار كون عذر الصغيرة مرجو الزوال ، وعذر أولئك ليس كذلك ، ومشاركة في إمكان الاستمتاع بغير الجماع فلا فرق حينئذٍ ، والحق الحقيق بالاتباع الذي لا يحتاج إلى تكلف ولا يتطرق إليه النزاع هو اشتراك الجميع في وجوب النفقة نظراً إلى عموم الآيات والروايات التي قد اعترف سابقاً فيما قدمنا من كلامه بأن مقتضاها ترتب وجوب النفقة على مجرد تحقق الزوجيّة ، وهؤلاء كمالاً أزواج بغير خلاف ولا إشكال ، فتجب لها النفقة على كل حال ، والركون إلى خلاف ذلك - بناءً على هذه التكاليف البعيدة والتخريجات الغير السديدة - مجازفة محضّة في أحكامه .

المسألة الثانية : قد صرح المحقق ^(١) بأنه تثبت النفقة للمطلقة الرجعية كما تثبت للزوجة ، وتسقط نفقة البائنة وسكنها سواء كانت عن طلاق أو فسخ . نعم لو كانت حاملاً لزم الاتفاق عليها حتى تضع ، وهل النفقة للحمل أو لأمه ؟ قولان ، وفي الحامل المتوقى عنها زوجها روايتان أشهرهما أنه لانه نفقة لها ، والاخرى ينفق عليها من نصيب ولدها .

وتفصيل ما اشتمل عليه هذا الكلام من الأحكام يقع في مقامات :
 الأول : ما ذكره من وجوب النفقة للمطلقة الرجعية كما تثبت للزوجة موضع وفاق لأنها بسبب بقائها تحت سلطنة الزوج وحبسها عن الأزواج بمنزلة الزوجة بل هي زوجة وإن خرجت عنها في بعض الأحكام .
 ويدل على ذلك أيضاً ما رواه المشايخ الثلاثة ^(٢) بأسانيد متعددة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : إن المطلقة ثلاثة ليس لها نفقة على زوجها ، إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة .

وما رواه في الكافي ^(٣) عن سعد بن أبي خلف في الصحيح قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق ، فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكك نفسها ولا سبيل له عليها ، وتعتد حيث شئت و لانه نفقة لها ، قال : قلت : أليس الله يقول ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ، ^(٤) قال : فقال : إنما عنى بذلك التي تطلق تطلق بعد تطليقة ، فتلك التي لا تخرج حتى تطلق الثالثة ، فإذا طلقت الثالثة فقد بانت منه و لانه نفقة لها ،

(١) شرائع الإسلام ص ٢٠٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٤ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٢ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٠ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٢ ح ٥٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣١ ح ١ .

(٤) سورة الطلاق - آية ١ .

و المرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضاً تقعد في منزل زوجها ، ولها النفقة والسكنى حتى تنقضي عدتها .

وروى الثقة الجليل عبدالله بن جعفر الحميري في قرب الأسناد^(١) عن عبدالله ابن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سأله عن المطلقة ألتها نفقة على زوجها حتى تنقضي عدتها؟ قال : نعم ، وإطلاقه محمول على الرجعية لما يظهر لك إن شاء الله تعالى من أن غيرها لا نفقة لها .

وبالجملة فالحكم المذكور اتفاقاً نصاً و قنوى فلا إشكال ، واستثنى بعضهم من النفقة الواجبة لها آلة التنظيف لأن الزوج لا ينتفع بذلك .

قال في المسالك : وهو حسن ، وقال سبطه في شرح النافع : والإطلاق أجود فلعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

أقول : ما ذكره سبطه - رحمه الله - هو المؤيد بالأخبار الكثيرة ، ومنها ما رواه في الكافي^(٢) عن أبي بصير في الموثق عن أحدهما عليهما السلام في المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً .

وعن محمد بن قيس^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : المطلقة تشوق لزوجها ما كان عليها رجعة ولا يستأذن عليها والمراد تزويجها له بحيث يشاق إليها .

و في رواية زرارة^(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المطلقة تكتمحل و تختضب و تلبس ما شاءت من الثياب لأن الله عز وجل يقول لعل الله يحدث بعد ذلك

أمراً ،^(٥) لعلها أن تقع في نفسه فيراجعها ، إلى غير ذلك من الأخبار .

(١) قرب الإسناد ص ١١٠ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩١ ح ١٠ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣١ ح ٥٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩١ ح ٧ . الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ٤ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩٢ ح ١٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣١ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٧ ب ٢١ ح ٢ .

(٥) سورة الطلاق - آية ١ .

ولا تسقط نفقة المعتدة إلا بما تسقط به نفقة الزوجة ، ويستمر إلى انقضاء العدة ، و لو ظهر بالمرأة إمارات الحمل بعد الطلاق فعلى الزوج الاتفاق عليها إلى أن تضع ، و لو أنفق عليها ثم تبين أنها لم تكن حاملاً قيل : إنها ترد ما دفع إليها ، وفيه تردد .

الثاني : ما ذكره من سقوط نفقة البائن و سكناها إذا لم تكن حاملاً ، فالظاهر أنه موضع وفاق ، وتدل عليه الأخبار المتكاثرة .

و منها ما تقدم في رواية زرارة وصحيفة سعد ومارواه في الكافي^(١) عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن المطلقة ثلاثاً على السنة هل لها سكنى أو نفقة ؟ قال : لا .

وعن أبي بصير^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن المطلقة ثلاثاً ألها سكنى ونفقة ؟ قال : حبلى هي ؟ قلت : لا ، قال : لا .

وعن سماعة^(٣) في الموثق قال : قلت : المطلقة ثلاثاً ألها سكنى أو نفقة ؟ فقال : حبلى هي ؟ فقلت : لا ، قال : ليس لها سكنى ولا نفقة .

و مارواه الشيخ في التهذيب^(٤) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن المطلقة ثلاثاً لها النفقة والسكنى ؟ فقال : أحبلى هي ؟ قلت : لا ، قال : لا ، إلا أنه روى الشيخ^(٥) أيضاً في الصحيح عن ابن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المطلقة ثلاثاً على العدة لها سكنى أو نفقة ؟ قال : نعم ، والشيخ حمله على

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٢ ح ٣ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ح ٧ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ح ٨ .

الاستحباب ، قال : ويحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأة حاملاً .

أقول : وكلا الاحتمالين بعيد إلا أن الثاني أقل بعداً .

الثالث : ما ذكره من أنها لو كانت حاملاً لزم الاتفاق عليها حتى تضع ، وهو مما لا عرف فيه خلافاً ، ويدل عليه قوله عز وجل « وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن »^(١) وهي تدل بعمومها على من كانت رجبية أو بائنة .

ومن الأخبار ما رواه ثقة الاسلام^(٢) في الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٣) قال : الحامل أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها .

وعن عبدالله بن سنان^(٤) في الصحيح عن أبي عبدالله^(٥) في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى قال : أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع حملها . ونحوهما صحيحة الحلبي ورواية الكافي ، والجميع دال على البائن التي هي محل البحث من حيث الاطلاق كالأية ، فإن الطلاق فيها أعم من أن يكون بائناً أو رجبياً ، وإثما الخلاف بينهم في أن النفقة هنا هل هي للحامل لأجل الحمل ؟ أو أنها للحمل ؟ قولان ، الأكثر على الثاني وهو قول الشيخ في المبسوط ، وتبعه عليه أكثر الجماعة مستنديين إلى دوران وجوب النفقة مع الحمل وجوداً وعدماً ، فإنها لو كانت حائلاً فإنها لانفقة لها ومتى كانت حاملاً وجبت النفقة ، فلما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على أنها له كدورانها مع الزوجية وجوداً وعدماً ،

(١) سورة الطلاق - آية ٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣١ ب ٧

ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٤ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٠ ب ٧

ح ١ .

و لوجوبها له منفصلاً فكذا متصلاً ، و لنص " الأصحاب على أنه ينفق عليها من مال الحمل .

وذهب جمع منهم ابن حمزة إلى الأول، مستنديين إلى أنه لو كانت النفقة للحمل لوجب نفقته دون نفقتها مقدرة بحال الزوج، لأن نفقة الأقارب غير مقدرة بخلاف نفقة الزوجة ، ولأنها لو كانت للحمل لوجب على الجدة كما لو كان منفصلاً وهي لا تجب عليه هنا، ولأنها لو كانت للولد لسقطت بيسار الولد كما إذا ورث أو أوصى له بشيء قبله أبوه .

قال في المسالك - بعد ذكر ذلك - : والشيخ التزم بعض هذه الالتزامات فحكم بسقوطها بيسار الولد وثبوتها على الجد ، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف في المسألة حيث اقتصر فيه على نقل القولين المذكورين و نقل أدلتهم ولم يتعرض لترجيح شيء منهما ، و لالطعن في أدلة أحدهما .

و ظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع ترجيح القول الأول قال : وقيل إنها للحامل وهو الأصح " لأنه المستفاد من الآية ، فإن " الضمير في «عليهن» يرجع إلى الحامل بغير إشكال ، ثم " أورد بعض الأدلة المتقدمة .

أقول : والمسألة محل إشكال لعدم النص " الواضح القاطع لمادة القيل والقال ، وأما قوله في شرح النافع في الاستدلال على ما اختاره بأنه المستفاد من الآية من حيث إن " الضمير في «عليهن» يرجع إلى الحامل فهو عجيب ، إذ الجميع متفقون على أن " الاتفاق إنما هو على الأم ، وهي التي تأكل وتشرب و تلبس ، و إنما الخلاف في أن " هذا الاتفاق عليها هل لاستحقاقها له وأنها هي صاحبة الحق " وإن كان السبب في ذلك الحمل الذي في بطنها ؟ أو أن " المستحق " لذلك إنما هو الحمل والاتفاق عليها إنما هو لأجل الحمل بأن يعيش في بطنها حتى تلده فهو المستحق " أولاً وبالذات ، والاتفاق عليها إنما هو بمنزلة الطريق إلى بقائه ؟

وبالجملة فإن " الآية لادلالة فيها على ما ادعاه ، ثم " إنهم قد ذكروا هنا

فروعاً عديدة على القولين المذكورين لا بأس بذكرها ، وإن كان قليل الجدوى في هذا المجال لما عرفت من عدم ثبوت الأصل وأنه محل الاشكال ، فكل ما يتفرع عليه باقي في زاوية الاجمال والاحتمال .

و (منها) إذا تزوج الحر أمه و شرط مولاهما رق الولد وقلنا بجواز ذلك فأبأنها وهي حامل فعلى القول بأنها المحمل لا يجب على والده ، لأن الولد ملك لغيره ، وإنما يجب على سيده ، وهو سيّد الأمة ، وعلى القول بأنها للمحمل تجب على الزوج .

و (منها) إذا تزوج عبد بأمه فأبأنها حاملاً فعلى القول بأن النفقة للمحمل تكون على سيّد الولد منفرداً أو مشتركاً دون الأب لأنه عبد والعبد لا يجب عليه نفقة أقاربه : وعلى القول بأنها للمحمل فإن النفقة على العبد في كسبه أو على سيده .

و (منها) ما لو تزوج عبد بحرة و شرط مولى العبد رقيّة الولد ، فإن جعلنا النفقة للمحمل فهي على المولى ، وإن جعلناها للمحمل فهي في ذمة المولى أو كسب العبد على الخلاف في ذلك .

وعلى هذه الفروع اقتصر الشيخ والمحقق ، و زاد المتأخرون أن (منها) ما لو لم ينفق عليها حتى مضت مدة أو مجموع العدة ، فمن قال بوجوبها للمحمل فإنه لا يوجب قضاءها لأن نفقة الأقارب لا تنقض ، ومن قال أنها لها أوجب القضاء لأن نفقة الزوجة مما يقضى كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

قال في المسالك: وأورد على هذا بأن القضاء إنما هو للزوج لكونها معاوضة ، والزوجة هنا منتفية قطعاً ، واجيب بأن الوجوب لها على حد الوجوب للزوجة وفيه منع . ويمكن الجواب بأن النفقة حق مالي والأصل فيه وجوب القضاء ، خرج القريب من ذلك بدليل خارج ، لأنها معونة لسد الخلّة فيبقى الباقي على الأصل ، إنهى .

أقول : لا يخفى ما في هذا الجواب من تطرق المناقشة إليه ، فإن مرجع كلام المورد إلى أنه ليس كل نفقة يجب قضاؤها ، فإن نفقة الأقارب لا يجب قضاؤها و نفقة الزوجة التي قام الدليل على وجوب قضاائها إنما هي التي وجبت من حيث الزوجية لأنها في مقابلة التمكين كما تقدم ، فهي معاوضة كما ذكره ومن ثم إن الناشز ومن أخلت بالتمكين لانفقة لهما ، وما عدا ذلك فالأصل براءة الذمة من النفقة أو قضاائها ، وبذلك يظهر لك ما في قوله « إن النفقة حق مالي والأصل فيه وجوب القضاء فإنه مغالطة ، إذ الخصم يمنع الكبرى على الإطلاق. وبالجمله فإنه لما كان المعلوم من الأدلة أن وجوب نفقة الزوجة إنما هو من قبيل المعاوضة ، فهي لا تكون إلا من حيث الزوجية ، و وجوب القضاء إنما يفرع على ذلك ، والزوجية مفقودة في محل البحث ، كما هو المفروض ، فالقول بوجوب القضاء في محل البحث خلف ظاهر ، والأصل الذي ادعاه من وجوب القضاء معارض بأن الأصل براءة الذمة .

و (منها) ما لو كانت ناشراً حال الطلاق ، أو نشزت بعده ، فعلى القول بأن النفقة لها تسقط لما علم من أن المطلقة حيث يجب نفقتها كالزوجة تسقط نفقتها حيث تسقط ، وتجب حيث تجب ، وعلى القول بأنها للحمل لا تسقط .

أقول : ويعتريني في هذا المقام إشكال حيث إن ظاهر كلامهم وقولهم هنا النفقة للحامل ليس المراد به أنها تستحق النفقة أصالة كما في استحقاقها لو كانت زوجة أو مطلقة رجعية ، وإنما المراد استحقاقها لأجل الحمل وبقائه وحفظه إلى أن تلده ، وحينئذ فالنشوز لا يؤثر في منع النفقة ، وهم متفقون على أن البائن لا تستحق نفقة وهذه بائن ، وإنما استحقاقها من أجل الحمل ، ولهذا قيل : بأن النفقة إنما هي للحمل دونها . وبالجمله فالظاهر أن النشوز سيما بعد الطلاق البائن لا يؤثر في منع النفقة على القول بأن النفقة لها .

و(منها) ما لو اردت بعد الطلاق فيسقط نفقتها على الأول دون الثاني . إلى

غير ذلك من المواضع التي من أراد الوقوف عليها فليرجع إلى المسالك وغيره من المطولات.
الرابع: ما ذكره من الحامل المتوفى عنها زوجها، والخلاف في هذه المسألة مشهور بين الأصحاب لاختلاف أخبارها، فذهب الشيخ في النهاية والأكثر ومنهم الصدوق في المقنع وابن الجنيد وأبو الصلاح وابن البراج وابن حمزة إلى وجوب الاتفاق عليها من مال الولد، وذهب جمع منهم ابن إدريس والمحقق والعلامة وسائر المتأخرين إلى العدم، وهو المنقول عن الشيخ المفيد كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى، وتقبله في المختلف عن ابن أبي عقيل حيث قال: وقال ابن أبي عقيل: لانفقة للمتوفى عنها زوجها سواء كانت حبلى أو غير حبلى، واختاره في المسالك. والذي وصل إلي من الأخبار في هذا المقام منه ما رواه ثقة الاسلام^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها: أنها لانفقة لها.

وعن أبي الصباح الكناني^(٢) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا.

وعن زرارة^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال: لا.

وما رواه في التهذيب^(٤) عن زيد أبي اسامة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٥١ ح ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٤ ب ٩ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٥ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٥٠ ح ١٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٤ ب ٩ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٥ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١٥١ ح ١٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٤ ح ٣.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٥١ ح ١٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٥ ح ٧.

عن الجبلى المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال : لا .

وعن محمد بن مسلم ^(١) في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن المتوفى عنها زوجها ألها نفقة؟ قال : لا .

ومارواه في الكافي والفقيه ^(٢) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المرأة الجبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها ،

قال في شرح النافع بعد ذكر هذه الرواية : و جمع من الأصحاب وصفوها بالصحة ، و هو منظور فيه ، فإن في طريقها محمد بن الفضيل و هو مشترك بين الثقة والضعيف، ولعلمهم اطلعوا على قرائن أفادت أنه ثقة، ونحوه قال في المسالك. أقول : بل الظاهر أن وصفها بالصحة إنما وقع سهواً من المتقدم ، فتبعه عليه من تأخر عنه لعدم المراجعة إلى السند، وأمثاله كثيرة كما لا يخفى على المتتبع. ومارواه في الكافي ^(٣) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال: المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله .

ومارواه في الفقيه ^(٤) عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع، وأكثر هذه الأخبار قد دل على أنه لا نفقة لها كما ذهب إليه ابن إدريس ومن تأخر عنه . والشيخ قد حملها على أنه لا نفقة لها يعني من مال الميث وإن كان لها النفقة

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٢ ح ١٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٥ ح ٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٥ ح ١٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٢ ح ١٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٦ ب ١٠ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥١ ح ١٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٥ ح ٤ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٢ ح ١٢٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٦ ب ١٠ ح ٢ .

من مال الولد ، قال في شرح النافع بعد نقل ذلك عنه : ولا بأس بهذا الجمع لو تكافأت الروايات في السند والدلالة ، لكنه محل نظر .

وفيه أن "صحيحة محمد بن مسلم الأولى قد صرحت - بعد نفى النفقة أو النهي عنها - بأنه ينفق عليها من مالها ، وبذلك يظهر أنه لا يتم هذا الجمع ، فنفي البأس عنه إنما نشأ عن الغفلة عن ملاحظة الصحيحة المذكورة ، فإنها صريحة في أنه إنما ينفق عليها من مالها لا من مال الميت ، ولأمال الولد ، ونقل عن الشيخ المفيد في كتاب التمهيد أنه أنكر الحكم بالاتفاق عليها من مال الحمل تمام الإنكار ، فقال : إن الولد إنما يكون له مال عند خروجه إلى الأرض حياً ، فأما وهو جنين لا يعرف له موت من حياة فلاميراث له ولأمال على الاتفاق ، فكيف ينفق على الحمل من مال من لأمال له لولا السهو في الرواية أو الإدخال فيها . انتهى ، كذا نقله عنه ابن إدريس لتأييد ما ذهب إليه .

وقال العلامة في المختلف : والتحقيق أن نقول : إن جعلنا النفقة للحمل فالحق ما قاله الشيخ ، وإن جعلناها للحامل فالحق ما قاله المفيد .

واعترضه السيد السند في شرح النافع فقال : ما ذكره بعيد عن التحقيق ، إذ ليس في الروايات المتضمنة لهذا الحكم^(١) دلالة على أن النفقة للحمل بوجه ، وإنما المستفاد منها أن ينفق على الحامل من نصيب الحمل ، فإن وجب العمل بها تعين المصير إلى هذا الحكم مطلقاً ، وإن ترجح ردها - إما لقصورها من حيث السند أو الدلالة أو لما ذكره المفيد من أن الحمل لا مال له - وجب نفى هذا الحكم رأساً كما ذكره المفيد وابن إدريس ، أما التفصيل فلا وجه له ، انتهى .

أقول : الظاهر أن مراد العلامة من هذا الكلام هو الجمع بين أخبار المسألة بحمل مادل على وجوب الاتفاق عليها من مال ولدها الذي في بطنها ، على أن هذه النفقة للولد لا للحامل ، وحمل ما دل على أنه لا نفقة بالكلفة كما دلت عليه

(١) أي الأمر بالاتفاق (منه - قدس سره -).

أكثر الأخبار على النفقة للحامل ، و مرجعه إلى أنها تستحق النفقة للولد ، ولا تستحقها لنفسها ، و حينئذ يقول السيد « أن » المستفاد من الأخبار أن ينفق على الحامل من نصيب الحمل ، فإن وجب العمل . . . إلخ » مردود بأنه وإن استفيد ما ذكره من هذا الخبر إلا أن الأخبار الاخر ظاهرة في أنه لافقة مطلقاً والواجب الجمع بين الجميع بوجه يرفع الاختلاف من البين ، فكيف يتم قوله إنه إن عمل بهذه الرواية كان كذا ، وإن وجب ردها كان كذا ، فإن فيه إننا نريد العمل بالرواية المذكورة على وجه تجتمع به مع الروايات الاخر وهو يحصل بالتفريع على تلك المسألة .

قوله ليس في الروايات المتضمنة لهذا الحكم دلالة على أن النفقة للحمل بوجهه مسلم لكن ارتكاب التأويل لا يتوقف على ذلك كما لا يخفى فإن التأويل ليس إلا الحكم بخلاف الظاهر ، والرواية وإن لم تكن متضمنة لذلك و لدلالة عليه إلا أنه يمكن حملها على ذلك .

و بالجملة فالظاهر أن ما ذكره - رحمه الله - لا يخلو من شوب المناقشة بحسب فهمي القاصر ، وبعض مشايخنا المحدثين ^(١) من متأخري المتأخرين احتمال في الجمع بين روايات المسألة بحمل ما دل على وجوب الانفاق من نصيب الولد على ما إذا كانت محتاجة لأنه تجب نفقتها عليه ، و حمل ما دل على عدم الانفاق على ما إذا لم تكن محتاجة ، وهو لا يخلو من قرب .

و كيف كان فالمسألة لا تخلو من شوب الاشكال ، و إن كان ما ذهب إليه المتأخرون أقرب ، لتكاثر الأخبار به ، وعدم نهوض رواية أبي الصباح التي استند إليها المتقدمون بالمعارضه ، إلا أن شهرة الفتوى بها بين المتقدمين - سيما الصدوق فإنه قال في الفقيه « والذي نفتي به رواية الكناي » - مما يوجب مزيد اعتبارها . بقي الكلام في الروايات الباقية ومنها صحيحة محمد بن مسلم الثانية ، وقوله فيها « ينفق عليها من ماله » والشيخ قد استدلل بهذه الرواية على ما ذهب إليه من

(١) هو شيخنا المجلسي - قدس سره - في حواشيه على كتاب الأخبار . (منه - قدس سره -).

وجوب الاتفاق من مال الولد ، مدعياً أن "الضمير في قوله «من ماله» يعود إلى الولد ، قال في الاستبصار : قوله «ينفق عليها من ماله» محمول على أنه ينفق عليها من مال الولد إذا كانت حاملاً ، والولد وإن لم يجز له ذكر جاز لنا أن نقدره لقيام الدليل كما فعلناه في مواضع كثيرة من القرآن وغيره. انتهى ، ولا يخفى ما فيه من البعد ، فإن "تقدير الولد فرع الدلالة عليه في الخبر بوجه ، والخبر لادلالة فيه على محل البحث وهي الحامل ، وإثما مورده المتوفى عنها زوجها وهذا الخبر أورده في الكافي في باب الرجل يطلق امرأته ثم يموت قبل أن تنقضي عدتها ، وهو يشعر بأنه حمل الخبر على المطلقة قبل الوفاة وإن لم تكن حاملاً . وكيف كان فالخبر مع كونه بحسب ظاهره لا يخلو من الاشكال ليس من أخبار المسألة التي يمكن الاعتماد إليها في الاستدلال ، وحمله بعض المحدثين من متأخري المتأخرين أنه يستحب" للورثة ذلك .

و منها رواية السكوني المتضمنة لأن "نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال^(١) والشيخ حملة في التهذيبين تارة على الاستحباب مع رضا الورثة ، واخرى على نصيب الولد قبل القسمة لعدم تميزه بعد لتوقفه بعد على العلم بكونه ذكراً أو أنثى ، ولعل "الثاني أقرب ، وأقرب منه الحمل على التقية ، لمخالفة الخبر لفتوى الطائفة وأخبارهم مضافاً إلى أن "الرواية من العامة .

المسألة الثالثة : الظاهر أن "الرجوع في قدر النفقة إلى العرف والعادة ، وكذا في الاقدام وعدمه ، وتفصيل الكلام في المقام أنه ينبغي أن يعلم أنه لما كانت الأوامر بالنفقة في الكتاب والسنة مطلقة مثل قوله عز وجل «وعلى المولود له

(١) أقول : وفي معنى رواية السكوني المذكورة ما رواه الراوندي عن موسى بن جعفر عن أبيه عليهم السلام قال : قال علي عليه السلام : الحامل المتوفى عنها زوجها نفقتها من جميع مال الزوج حتى تضع . (منه - قدس سره -) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٢٣٦ ب ٥ ح ٢ .

رزقهن" و كسوتهن" (١) وقوله «فلينفق ممّا آتاه الله» (٢) وقولهم ﷺ فيما تقدم من الأخبار (٣) «يشبعها و يقيم ظهرها و يطعمها ما يقيم صلبها» و نحو ذلك كان المرجع فيها إلى العرف و العادة فيما جزم له الأصحاب ، لأنّه الحكم في ذلك حيث لا يرد له تقدير من الشارع .

وهكذا الكلام في الكسوة فإنّه قد تقدم في الأخبار أن الواجب عليه الكسوة وفي بعض ما يستر العورة و نحو ذلك ، والأصحاب قد صرحوا بأنّها ترجع فيما تحتاج إليه - من الطعام و جنسه من البرّ و الشعير و التمر و الزبيب و الذرة و غيرها ، والادام الذي تأتد به من السمن و الزيت و الشيرج و اللحم و اللبن و غيره ، و الكسوة من القميص و السراويل و المقتنة و الجبّة و غيرها و جنسها من الحرير و القطن و الكتّان ، و الاسكان في دار و بيت لا يقين بحالها ، و الاخدام إذا كانت من ذوي العشرة و المناصب المقتضية لذلك ، و آلة الادهان التي تدهن به شعرها و ترجّله من شيرج أو زيت مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرها ممّا يعتاد لأمثالها و المشط و ما تقتسل به الرأس من السدر و الطين و الصابون على حسب عادة البلد و نحو ذلك ممّا يحتاج إليه - إلى عادة أمثالها من أهل بلدها ، و إن اختلفت العادة رجع إلى الأغلب ، و مع التساوي فما يليق منه بحاله .

أقول: والذي حضري من الأخبار المتعلقة مضافاً إلى الأخبار المتقدمة ما رواه الشيخ في الصحيح و الكليني (٤) بسند فيه إرسال عن شهاب بن عبد ربّه «قال: قلت لأبي عبد الله ﷺ ما حق المرأة على زوجها ؟ قال: يسدّ جوعتها و يستر عورتها

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٣ .

(٢) سورة الطلاق - آية ٧ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ب ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ ح ٣٨ وفيهما اختلاف يسير ، الوسائل

ج ١٥ ص ٢٢٦ ب ٢ ح ١ .

ولا يبتح لها وجهاً ، فإذا فعل ذلك فقد أدى والله إليها حقها ، قلت : فالدهن ؟ قال : غباً يوم ويوم لا ، قلت : فاللحم ؟ قال : في كل ثلاثة أيام فيكون في الشهر عشر مرات لا أكثر من ذلك في كل ستة أشهر ، ويكسوها في كل سنة أربعة أبواب ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف ، ولا ينبغي أن يقفر بيته من ثلاثة أشياء : دهن الرأس و الخل و الزيت و يقوتهن بالمد ، فإنني أقوت به نفسي ، وليقدر لكل إنسان منهم قوته فإن شاء أكله وإن شاء وهبه وإن شاء صدق به ، ولا تكون فاكهة عامة إلا أطعم عياله منها ، ولا يدع أن يكون للعبد عندهم فضلاً في الطعام أن ينيلهم من ذلك شيئاً لا ينيلهم في سائر الأيام .

أقول : ما اشتمل عليه الخبر من التقدير بالمد في النفقة لم يقف على قائل به إلا الشيخ - رحمه الله عليه - في الخلاف ، وفي المبسوط فصل فجعل على الموسر مدين كل يوم وعلى المتوسط مداً ونصفاً وعلى المعسر مداً .
أقول : أما التقدير بالمد كما ذكره في الخلاف فقد عرفت مستنده ، وأما التفصيل الذي ذكره في المبسوط فلم نقف له على مستند في الأخبار إلا أن يكون نوع من الاعتبار .

وقال في المسالك - بعد نقل ذلك عن الشيخ - : والأصل في هذا التقدير أن المد قدره الشارع في الكفارات قوتاً للمسلمين فاعتبرت النفقة به ، لأن كل واحد منهما مال يجب بالشرع لأجل القوت ، ويستقر في الذمة ، وربما أوجب الشارع في بعض الكفارات لكل مسكين مدين ، فجمع في القول الثاني بين الأمرين فجعل المدين على الموسر ، والمد على المعسر وجعل المتوسط بينهما ، فألزمه بمد ونصف ، والأقوى ما اختاره المصنف من عدم التقدير ، والرجوع إلى قدر الكفاية وسد الخلة وهي الحاجة وهو اختيار ابن إدريس وسائر المتأخرين لأن التقدير رجوع إلى تخمين وضرب من القياس لا يطابق أصول مذهبنا ، انتهى .
والظاهر أن شيخنا المذكور غفل عن الخبر الذي نقلناه ، وإنما التجأ

في توجيه كلام الشيخ إلى الحمل على الكفارة، وقد عرفت ورود النص به .
نعم ما ذكره في المبسوط خالٍ من النص، والایراد عليه إنما هو بالنسبة
إلى ما ذكره في المبسوط خاصة ، إلا أنه يمكن حمل الخبر المذكور على أن
ذلك كان عادتهم في تلك الأوقات كما يستفاد من جملة من الروايات بالنسبة إلى
الكفارات والصدقات كما في حديث ضيعة الصادق عليه السلام المسمّاة بعين زياد .

و أما قوله في الخبر «والصبغ في كل ستة أشهر» فالظاهر أن المراد به
مثل الحناء والوسمة والثياب المصبوغة ، وأما ما اشتمل عليه من أن اللحم في
كل ثلاثة أيام ، فلا أعلم به قائلاً على هذا الاطلاق ، والمنقول عن الشيخ أنه
اعتبر اللحم في كل اسبوع مرة محتجاً بأنه المعروف قال : ويكون يوم الجمعة .
وعن ابن الجنيد أنه أوجب اللحم على المتوسط في كل ثلاثة أيام .

وكيف كان فالعمل على ما دل عليه الخبر من كونه في كل ثلاثة أيام
متوسطاً أو غيره ، والظاهر أن المراد بالدهن الذي حكم بكونه غيباً هو دهن
البدن ، فإنه في الصدر الأول متعارف لبيوسة أهوية تملك البلدان .

ثم إن الظاهر من كلام العلامة في المختلف أنه لم يقف أيضاً على الخبر
المذكور كما لا يخفى على من راجعه، ونحوه ابن إدريس في رده على الشيخ في ما
ادعاه من الدليل على هذه المسألة بإجماع الفرقة وأخبارهم ، وأنكر وجود الأخبار
بذلك ، والكل صادر عن غفلة عن النص المدعى ، ومع أنه صحيح السند صريح
الدلالة ، إلا أن الظاهر أن الوجه فيه ما ذكرناه .

تنبيهات

الاول : لا يخفى أن في النساء من لا تخدم نفسها بحسب عادة أمثالها وأهل
بلدها لشرها وعلو منزلتها بل لها من يخدمها ، فهذه يجب على الزوج أن يتخذ
لها خادماً بآية المعاشرة بالمعروف، ولا فرق عند الأصحاب بين كون الزوج معسراً

أو موسراً، حراً أو عبداً، لأن الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها، ويجب أن يكون الخادم امرأة أو صبيّاً أو محرماً لها، وفي جواز مملوكها الخصى نظر، ينشأ من جواز نظره إليها وعدمه، وقد تقدم الكلام فيه في بعض فوائد المقدمة، وأما من تخدم نفسها بحسب العادة فلا تجب في حقها ذلك إلا لمرض ونحوه، فعلى الزوج حينئذٍ إقامة من يخدمها.

الثاني : قالوا: إذا أخدمها بحرة أو أمة مستأجرة فليس عليه سوى الاجرة وإن أخدمها بجاريته كانت نفقتها عليه من جهة الملك، وإن كان يخدمها بكفاية مؤونة خادمها فهذا موضع نفقة الخادم، والقول في جنس طعامها وقدره كما هو في جنس طعام المخدومة، ولو قال الزوج: أنا أخدمها لاسقاط مؤونة الخدمة عن نفسه فله، لأن ذلك حق عليه يجب عليه وفائه بنفسه أو غيره، هذا مما لا يستحي منه كفصل الثوب واستسقاء الماء وكنس البيت وطبخ الطعام، أما ما يستحي منه كالذي يرجع إلى خدمة نفسها من صب الماء على يدها وحملها إلى الخلاء وغسل خرق الحيض والجماع ونحو ذلك فلها الامتناع من خدمته لأنها تحشمه وتستحي منه فيضرب بحالها، وأطلق جماعة تخييره في الخدمة بنفسه مطلقاً لأن الحق عليه فالتخير في جهاته إليه.

الثالث : قد عرفت أنه يرجع في جنس المأكل والملبوس والادام إلى عادة أمثالها من أهل البلد، وكذا في المسكن، قالوا: ولها المطالبة بالتفرد بالمسكن عن مشارك غير الزوج، والمراد من المسكن ما يليق بها من دار وحجرة وبيت فالتى يليق بها الدار والحجرة لا يسكن معها غيرها في دار واحدة بدون رضاها، لكن لو كان في دار حجرة مفردة المرافق فله أن يسكن، وكذا لو أسكن واحدة في العلو و واحدة في السفلى والمرافق متميزة، ولا تجمع بين الضرتين، ولا بين المرأة وغيرها في بيت واحد مطلقاً إلا بالرضا.

الرابع : قالوا: تختلف الكسوة باختلاف الفصول والبلدان في الحر والبرد فيعتبر في الشتاء زيادة الحشو بالقطن ونحوه، ويرجع في جنسه من القطن

والكتان والحريير إلى عادة أمثالها، وكذا يجب في الصيف الثياب اللاتقة بحالها من الكتان والحريير ونحوه مما يعتاد، ويعتبر مع ذلك ثياب التجمل زيادة على ثياب البدلة إذا كانت من أهل التجمل، ولو كانت البلاد باردة ولم يستغن بالثياب عن الوقود وجب لهن الحطب والفحم بقدر الحاجة، ويجب أيضاً مراعاة ما يفرش على الأرض من البساط والحصير والملحفة والنطع والمخدة واللحاف بما يليق بحالها عادة بحسب الفصول، وقد عد الفقهاء في هذا الباب أشياء كثيرة بحسب ما اتفق اعتياده عندهم، ورجعه إلى ما يعتبر في العادة لأمثالها في بلدها في كل وقت بما يناسبه.

المسألة الرابعة : وهي تتضمن حكمين: (أحدهما) لا خلاف بين الأصحاب في أن الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين، فلو منعها وانقضى اليوم أو الأيام وجب قضاؤها.

قال في المسالك : لما كان المقصود من النفقة القيام بحاجتها و سد خلقتها لكونها محبوسة لأجله فالواجب منها أن يدفع يوماً فيوماً ، إذ لا وثوق باجتماع الشرائط في باقي الزمان ، والحاجة تندفع بهذا المقدار ، فيجب دفعها في صبيحة كل يوم إذا طلع الفجر ولا يلزمها الصبر إلى الليل ليستقر الوجوب لتحقيق الحاجة لأنها تحتاج إلى الطحن والخبز والطبخ ، إذ الواجب عليه دفع الحب ونحوه ومؤونة إصلاحه لأعين المأكل عملاً بالعادة ، فلو لم يسلم إليها أول النهار لم تنله عند الحاجة، ولو منعها من النفقة وانقضى اليوم ممكنة استقرت ذلك اليوم في ذمته لأن نفقة الزوجة اعتياض في مقابلة الاستمتاع ، فتصير بمنزلة الدين ، وكذا نفقة الأيام المتعددة إذا مضت ولم ينفق عليها ، انتهى .

أقول : لأعرف لما ذكره من هذا التفصيل نصاً واضحاً ولادليلاً صالحاً ، فإن الظاهر من الأخبار المتقدمة سيما صحيحة شهاب بن عبد ربّه أن الواجب شرعاً إنما هو عين المأكل لا الحب وأمثاله مما يحتاج إلى علاج ومزاولة

و استناده - في الوجوب لما ذكره إلى العادة - مردود، بأن ذلك إنما هو من حيث المسامحة والتراخي وعدم المضايقة في الحقوق الشرعية، ألا ترى أن العادة قاضية بتكليف المرأة في خدمة البيت بما لا يجب عليها شرعاً من طبخ وخبز وغسل ثياب لنفسها وزوجها ونحو ذلك .

وبالجملة فإن الظاهر أن الحق الشرعي لها إنما هو شيء يؤول بغير مؤونة ولا كلفة من خبز أو نمر أو نحوهما ، وهذا هو ينطبق عليه حديث المد وهو الظاهر من تلك الأخبار المطلقة من قوله «يشبعها ويقيم صلبها» ونحو ذلك والتكليف بما زاد مما ذكره هو وغيره - رحمه الله - محتاج إلى دليل ولادليل ، والتمسك بقضية العادة بين الناس قد عرفت أنه غير خالٍ من وصمة الشك والالتباس إلا أنني أظن أن ما ذكرناه مما يكبر في صدور بعض الناظرين في المقام معتن تألف متابعة الشهرة في الأحكام وكل ميسر لما خلق له .

نعم ما ذكره من قضاء النفقة لو أخر دفعها عن وقتها لا يرب فيه لما ذكره، ثم إنه قال في المسالك أيضاً : ثم استحقاق الزوجة المؤونة على وجه التمليك لا الامتاع، لأن الانتفاع به لا يتم إلا مع ذهاب عينه، وكذا حكم كلما يستهلك من آلة التنظيف والدهن والصابون والطين ونحو ذلك ، فإذا دفعه إليها ملكت نفقة اليوم ونخیرت بين التصرف فيه أو في بعضه واستفصال بعضه وجميعه والاتفاق على نفسها من مالها كما نخیر في جهات أموالها ، انتهى .

أقول: ويدل عليه قوله الطلاق في صحیحة شهاب المتقدمة «ويقدر لكل إنسان منهم قوته فإن شاء أكله وإن شاء وهبه وإن شاء تصدق به» .

و (ثانيهما) : قد اختلف الأصحاب في كون الكسوة تملكاً أو إمتاعاً ، وبالأول قال الشيخ في المبسوط ، والمحقق والعلامة في غير التحرير والقواعد والثاني^(١) خيرة العلامة في القواعد وشيخنا الشهيد الثاني في الروضة والمسالك ، (١) وعلى هذا القول فليس لها بيعها ولا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات، ولا

وفردد المأمة في التحرير .

احتج من قال بالأول بقوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن» وكسوتهن، والتقريب فيها أنه عطفها على الرزق، فيكون الواجب فيهما واحداً لاقتضاء العطف التسوية في الحكم وهو في الرزق التملك فيكون كذلك في الكسوة ، و لقوله ﷺ «ولهن عليكم رزقهن» وكسوتهن بالمعروف» فاللام للملك .

وتنظر فيه في المسالك قال: لمنع اقتضاء العطف التسوية في جميع الأحكام وجميع الوجوه سلمنا، لكن «المعتبر الاشتراك في الحكم المذکور دون صفته وكيفية، فإن قولنا: أكرم زيدا وعمراً يقتضي اشتراكهما في أصل الأكرام لا التسوية فيه من كل وجه. والظاهر من الحكم هنا هو كون الرزق مستحقاً عليه فيكون الكسوة كذلك، وأما كيفية الاستحقاق فأمر آخر خارج عن أصل الحكم، ومن الجائز أن يريد بقوله «وكسوتهن» جعلهن «مكتسبات» وهو يتم بالامتناع . وأما الخبر فمع قطع النظر عن إسناده يجوز أن تكون اللام للاستحقاق لا للملك أو الاختصاص بل هو الأصل فيها ، كما حققه جماعة وهما يتحققان بالامتناع ، انتهى .

أقول : والمسألة عندي محل توقف وإشكال لعدم النص القاطع لمادة القيل والقال ، والركون إلى هذه التعليقات المتعارضة في كلامهم والجارية على رؤوس أقلامهم في تأسيس الأحكام الشرعية مجازفة محضه . ثم إنهم ذكروا بناءً على القولين المذکورين فروعاً يظهر فيها فائدة الخلاف .

(منها) ما لودفع إليها كسوة لمدة جرت العادة ببقائها إليها فتلفت في يدها

= لبسها زيادة على المعتاد كيفية وكمية ، فإن فعلت فأبليتها قبل المدة التي تبلى فيها عادة لم يجب عليه إبدالها بغيرها ، وكذا لو أبقيتها زيادة على المدة وله إبدالها بغيرها مطلقاً وتحصيلها بالإعادة والاستيجار وغيرهما ، ولو طلقها وماتت ونشزت استحق ما يجده منها مطلقاً . وأيد هذا القول بأن الغاية من الكسوة الستر وهو يحصل بالإمتناع كالسكنى وأصالة براءة الذمة من التملك . (منه - قدم سره -).

قبل مضي" المدة من غير تقصير ، فعلى القول بالتملك لا يجب عليه إبدالها لأنه قد وفي ماعليه فأشبه ما إذا ملكها النفقة قتلقت في يدها . وعلى القول بالامتناع يجب عليه إبدالها قالوا : و لو أتلقتها بنفسها فلا إبدال على القولين لأنه على الامتناع يلزمها ضمانها فكأنها لم ت تلف ، وأما على الملك فظاهر مما تقدم .

(ومنها) لو انقضت المدة والكسوة باقية لرفقها بها فعليه كسوة اخرى على الأول و هو الذي حكم به في الشرائع لأن ملكها لها مترتب على المدة المعتادة لها كما لو استفضلت من طعام يومها ، وعلى الثاني لا تلزمه حتى يبلى عندها .

(ومنها) ما لومات في أثناء المدة أو ماتت هي أو طلقها والكسوة باقية في المدة التي تصلح لها فعلى القول بالامتناع تسترد" مطلقاً . وعلى القول بالتملك قال في المسالك : يحتمل قوياً ذلك . يعني الاسترداد مطلقاً لأنه أعطاها للمدة المستقبلية وهو غير واجبة كما لو أعطاها نفقة أيام ، وهو الذي جزم به المصنف فيما يأتي وعدمه لأن تلك المدة بالنسبة إلى الكسوة كالיום بالنسبة إلى النفقة ، وسيأتي أن النفقة لا تسترد" لو وقع ذلك في أثناء النهار .

(و منها) إذا لم يكسها مدة صارت الكسوة ديناً عليه على الأول كالنفقة ، وعلى الامتناع لا يصير ديناً .

(ومنها) أنه يجوز له أخذ المدفوع إليها ويعطيها غيره على القول بالامتناع وعلى القول بالتملك لا يجوز ذلك إلا برضاها .

(ومنها) أنه لا يصح" لها بيع المأخوذ ولا التصرف فيه بغير اللبس إن قلنا بالامتناع ، ويصح" على القول بالتملك ، إن لم يناف غرض الزوج من التزين والتجمل . (ومنها) جواز إعطائها الكسوة بالاعارة والاجارة على تقدير القول بالتملك دون القول بالامتناع ، ولو تلف المستعار فضائه على الزوج .

المسألة الخامسة : قد صرح بعض الأصحاب بأنه إذا ادعت البائن أنها حامل صرفت إليها النفقة يوماً فيوماً ، فإن تبين الحمل ، وإلا استعبدت . ومقتضى هذا الكلام وجوب النفقة بمجرد دعواها ، وإن لم يتبين أو يظن صحة ذلك ، قيل :

ووجهه أن الحمل في ابتدائه لا يظهر إلا لها، فقبل قولها فيه كما يقبل في الحيض والعدة، لأن الجميع من الأمور التي يختص بها ولا يعلم إلا من قبلها، وأيضاً فإن في ذلك جمعاً بين الحقيقتين، وحق الزوج على تقدير عدم ظهور ذلك ينجر بالرجوع عليها، وفي التأخير إلى أن يتحقق إضرار لها مع حاجتها إلى النفقة، وعدم وجوب قضائها لو قلنا إن النفقة للحمل، لأن نفقة الأقارب لا تقضى.

ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه علق وجوب الانفاق على ظهور الحمل، وعن العلامة في التحرير أنه علقها على شهادة أربع من القوابل، وهو ظاهر اختياره في المسالك قال: لأن وجوب الانفاق على الزوجة انقطع بالطلاق البائن، وجوبه عليها مشروط بالحمل، والأصل عدمه إلى أن يتحقق، وحكم الزوجة به في الابتداء ظني، والظن قد يكذب، ولأنه تعالى قال «وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن» حتى يضعن حملهن^(١) شرط في الانفاق عليهن كونهن أولات حمل، وهذا الوصف لا يتحقق بمجرد الدعوى، انتهى.

أقول: والمسألة لما عرفت من تقابل هذه التعليلات في المقام وعدم النص الواضح عنهم عليه السلام محل توقف وإشكال، وما ذكره في المسالك جيد، إلا أنه يمكن تخصيصه بما تقدم أولاً من التعليلات، ثم إنه على تقدير وجوب الانفاق عليها بمجرد دعواها هل تطالب بكفيل لجواز ظهور خلاف ما ادعته؟ قال في المسالك: فيه وجهان منشأهما أنها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت في نفس الأمر، وإنما حكم به الشارع لتعذر إثبات موجبها قطعاً، فلو أخترت إلى الوضع لزم الإضرار بها كما قررناه، فيجمع بين الحقيقتين بالدفع إليها بكفيل، ومن حيث عدم ثبوت استحقاق الرجوع عليها الآن، والأول لا يخلو من قوة، انتهى.

المسألة السادسة: المشهور بين الأصحاب أنه لا نفقة للبائن إلا المطلقة الحامل، لأن أسباب النفقة منحصرة في الثلاثة المتقدم ذكرها التي أحدها الزوجية،

(١) سورة الطلاق - آية ٦.

و البائن ليست زوجة فتزول السبيبة ، خرج من ذلك بالنص^١ و الاجماع الحامل المطلقة ، فيبقى ما عداها على حكم الأصل .

وقيل بوجوب النفقة على البائن بغير الطلاق إذا كانت حاملاً ، نظراً إلى أن وجوب النفقة على المطلقة الحامل لأجل الحمل من حيث كونه واداً للمنفق لا لأجلها ، وهذه العلة موجودة في الحامل منه غير المطلقة ، و بذلك أفتى في المبسوط حتى في الحامل من نكاح فاسد كنكاح الشغار مع الجهل محتجاً بعموم الأخبار الدالة على وجوب الانفاق على الحامل .

قال في المسالك : ويضعف الأول بأنه مبني على العمل بالقياس ، وإلا فالأية صريحة في الحامل المطلقة ، ومع ذلك فكون النفقة للحمل غير معلوم ، وإنما المعلوم أنها للحامل وإن كان ذلك بسببه .

وأما الأخبار التي ادعى الشيخ عمومها فذكرها في التهذيب ، وكلها مقيدة بالطلاق إلا رواية محمد بن قيس^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : الحامل أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها ، فهذه شاملة بإطلاقها لغير المطلقة ، لكنّها ضعيفة السند بمحمد بن قيس فإنه مشترك بين الثقة وغيره ، ويمكن حملها على المطلقة حيث يستقل بنفسها .

نعم لو ثبت أنها للحمل اتجه ذلك ، والذي دلت عليه النصوص وجوبها للمطلقة الحامل فيقتصر عليها لكونه على خلاف الأصل ، انتهى .

أقول : مرجع الكلام في هذا المقام إلى الخلاف المتقدم في أن النفقة هل هي للحامل أو الحمل ؟ و قد قدمنا في تلك المسألة أن ظاهره في المسالك هو التوقف حيث اقتصر على نقل القولين وأدلتهم ، ولم يتعرض لترجيح شيء منهما و ظاهره هنا ترجيح كونها للحامل . والذي يقرب عندي الرجوع في ذلك إلى

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣١ ح ٣ .

الأخبار، فإنّ المستفاد من أكثرها هو كون موردها المطلقة كما هو ظاهر الآية وليس فيها ما ربّما ينافي ذلك إلّا إطلاق صحيحة محمد بن قيس وهو محمول على ما دلّ عليه غيرها من التقييد بالمطلقة لأنّه هو الفرد الشايع المتكثر، وقضيته الجمع بين الأخبار ذلك.

وأما طعنه في الصحيحة المذكورة باشتراك محمد بن قيس فقد تكرّر منه في هذا الكتاب في غير موضع وقد نبّهنا على أنّه غلط محض كما اعترف به سبطه أيضاً في شرح النافع.

المطلب الثاني، في نفقة الأقارب: والكلام في هذا المطلب يقع في مواضع: الأول: المفهوم من كلام الأصحاب أنّ نفقة الإنسان على نفسه مقدمة على غيره من زوجة أو غيرها من الآباء والأولاد بل على جميع الحقوق من الديون وغيرها ولا إشكال فيه، ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب، قال السيّد السند في شرح النافع: إنّ هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب و ظاهرهم أنّه موضع وفاق واستدلوا على ذلك بأنّ نفقة الزوجة وجبت على وجه المعاوضة في مقابل الاستمتاع بخلاف نفقة القريب، فإنّها إنّما وجبت لمجرد المواساة، وما كان وجوبه على وجه المعاوضة أقوى ممّا وجب على وجه المواساة، ولهذا لم تسقط نفقة الزوجة بغنائها ولا بمضيّ زمان بخلاف نفقة القريب.

أقول: المفهوم من الأخبار وجوب النفقة للجميع، وقضية الاشتراك في الوجوب تساوي الجميع في ذلك من غير تقديم لبعض على بعض، ومجرد قوة النفقة على الزوجة وأنها أقوى بهذه الوجوه المذكورة لاتصلح لتأسيس حكم شرعي عليه كما عرفت في غير موضع ممّا تقدم.

والذي حضرني من الأخبار هنا ما رواه الكليني^(١) في الصحيح أو الحسن عن

(١) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ١ وفيه «من الذي أحسن»، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٧ ح ٣.

حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : من الذي اجبر عليه وتلزمني نفقته ؟ فقال :
الوالدان والولد والزوجة .

وروى الشيخ في التهذيب و الصدوق في الفقيه ^(١) في الصحيح عن محمد الحلبي
عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

ومارواه في الكافي ^(٢) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : من
يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه ؟ قال : الوالدان والولد والزوجة وزاد
في الفقيه «والوارث الصغير ، يعني الأخ وابن الأخ ونحوه» والظاهر أن التفسير من
الراوي كما جزم به في الوافي ، ويحتمل أن يكون من كلام الصدوق .

وعن جميل ^(٣) في الصحيح عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام قال : لا يجبر
الرجل إلا على نفقة الأبوين والولد ، قلت لجميل : والمرأة ؟ قال : روى بعض
أصحابنا وهو غيبسة بن مصعب وسورة بن كليب عن أحدهما عليهما السلام أنه إذا كساها
ما يوارى عورتها وأطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها ، قال : قلت لجميل :
فهل يجبر على نفقة الاخت ؟ قال : إن اجبر على نفقة الاخت كان ذلك خلاف الرواية .
والمراد من الخبر المذكور أنه يجبر على نفقة الوالدين والولد ، وأما
المرأة فإنه يختار بين الاتفاق عليها وبين طلاقها ، وأما ما ذكر بالنسبة إلى الاخت
فالمراد أنه لو قيل بوجوب النفقة عليها لكان ذلك خلاف ظاهر النصوص حيث إن
ظاهرها مشعر بالحصر في العمودين والزوجة .

وهذه الأخبار كما ترى ظاهرة فيما ذكرناه من اشتراك الجميع في الوجوب ،
فترجيح بعضها على بعض بالتقديم يحتاج إلى دليل من النصوص ، والمسألة لا تخلو

(١) الفقيه ج ٣ ص ٥٩ ح ١ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٧ ح ٦ .

(٢) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٧ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٤ ح ٢٢ و ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤

من الاشكال ، لأنّ الخروج عمّا ظاهرهم الاتّفاق عليه مشكل ومتابعته من غير دليل أشكل .

الثاني : لا خلاف ولا إشكال في وجوب النفقة على الأبوين وإن ارتفعوا ، والأولاد وإن سفلوا ، ولم يظهر من أحد من الأصحاب خلاف في ذلك إلّا ما يترأى من تردد المحقق في الشرائع والنافع ، ثمّ جزم بعد ذلك بالحكم المذكور ووافق القول المشهور .

قال السيّد السند في شرح النافع : أجمع العلماء كافّة على وجوب النفقة على الأبوين والأولاد - إلى أن قال : - وهل يتعدى الوجوب إلى من علا من الآباء والأمّهات أو سفل من الأولاد ؟ المشهور بين الأصحاب ذلك ، بل لم أقف فيه على مخالف صريح أو تردد سوى المصنّف ، وكأنّ منشأ التردد من الشكّ في صدق الآباء والأمّهات والأولاد على من علا أو سفل منهم بطريق الحقيقة ، وهو في محله ، وإن كان الأقرب وجوب النفقة على الجميع . انتهى ، وبنحو ذلك صرح جده في المسالك أيضاً .

أقول : وقد تقدم تحقيق القول في هذه المسألة - أعني إطلاق الأب على من علا والابن على من سفل - في مواضع ، ولا سيما في كتاب الخمس . وأوضحنا بالأدلة القاطعة والبراهين الساطعة أنّ الإطلاق المذكور حقيقة في الموضوعين بما لا يعتريه للناظر المنصف شكّ في البين ، ولا يخفى أنّ جزم هؤلاء السابقين ثمة من [عدم] صدق الإطلاق حقيقة [و] بوجوب الانفاق^(١) في هذه المسألة على من علا من الآباء وسفل من الأبناء لا يخلو من مدافعة ومناقضة لأنّ الوجوب مترتب على الصدق حقيقة وهم لا يقولون به ، والفرق بين هذا الموضوع وتلك المواضع المتقدمة غير ظاهر ، بل صريح كلامهم هنا هو صحّة ما ذكرنا^(٢) ولكن لأعرف لهم وجه عذر في

(١) كأن في العبارة سقط ونحن صححناها .

(٢) من ترتب الحكم بالعموم على الدخول تحت الإطلاق المذكور حقيقة . (منه - قدس =

الخروج عما حكموا به ثمة إلا ما ربّما يدعى من الاجماع هنا على العموم ، و ظاهره في المسالك أن تردد المصنّف إنّما هو لذلك حيث قال : إنّنا لا نعلم مخالفاً من أصحابنا في دخولهم هنا ، وإنّما تردد المصنّف لضعف الدليل ، و من اصوله - رحمة الله عليه - أنّه لا يعتدّ بجبّية الاجماع بهذا المعنى كما نبّه عليه في مقدمة المعتبر ، وهو الحقّ الذي لا يحيد عنه المنصف ، إنتهى .

أقول : قد أجاد بما أفاد ولكنّه قد خالف نفسه في ذلك في غير موضع كما لا يخفى على من مارس كلامه وتتبّع كتابه ، وكيف كان فالحكم على ما اخترناه بحمد الله سبحانه واضح لا شكّ فيه ، ولا ريب بعتريه ، و أمّا ما عدا من ذكرنا من الأقارب فتعدّ صرح الأصحاب بأنّه لا تجب النفقة عليهم بل يستحب ، ولا سيما إذا كان وارثاً ونقل العلامة في القواعد قولاً بوجوب النفقة على الوارث ، و أسند شراحه هذا القول إلى الشيخ ، مع أنّه على ما نقل عنه في المبسوط قطع باختصاصها بالعمودين ، و أسند وجوبها للوارث إلى الرواية و حملها على الاستحباب و أنكر جملة ممّن تأخّر عنه الوقوف على هذه الرواية .

أقول : يمكن أن تكون الرواية المذكورة هي مارواه الشيخ في التهذيب^(١) عن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام قال : اتى أمير المؤمنين عليه السلام بيتيم فقال : خذوا بنفقتهم أقرب الناس إليه من العشيرة كما يأكل ميراثه .

ويؤكّدها ما تقدم في آخر صحيحة محمد الحلبي^(٢) برواية صاحب الفقيه ، والشيخ في الاستبصار حملها على الاستحباب ، أو على ما إذا لم يكن وارث غيره إن مات كل واحد منهما ورث صاحبه ولم يكن هناك من هو أولى مند ، وبهذا التقريب

= سره - .

(١) الكافي ج ٤ ص ١٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٧ ح ٤ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٥٩ ح ١ ، الاستبصار ج ٣ ص ٤٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤٧ ح ٦ .

الذي ذكره - رحمه الله عليه - يتم الاستدلال ، وإلا في التوقف على سواها في هذا لمجال ، وإلى القول بما تضمنته صحيحة الحلبي من وجوب الانفاق على الوارث الصغير يميل كلام السيد السند في شرح النافع حيث إنه بعد أن أنكر الوقوف على الرواية التي ادعاها في المبسوط قال : نعم مقتضى صحيحة الحلبي وجوب النفقة على الوارث الصغير ، والعمل بها متجه لصحتها ووضوح دلالتها ، انتهى . ومما يدل على استحباب النفقة على من عدا من ذكر ما رواه الصدوق في الخصال^(١) بسنده عن زكريا المؤمن رفعه إلى أبي عبد الله عليه السلام قال : من عال ابنتين أو اختين أو عمّتين أو خاليتين حجبته من النار يا ذن الله . وفي تفسير الامام العسكري عليه السلام^(٢) في قوله تعالى «ومما رزقناهم ينفقون»^(٣) قال : من الزكاة والصدقات والحقوق اللازمة - إلى أن قال : - وذوي الأرحام القربيات والآباء والأمهات ، و كالنفقات المستحبة على من لم يكن فرضاً عليهم النفقة وسائر القربات - الحديث .

الثالث : المفهوم من كلام الأصحاب هو أن نفقة الولد إنما تجب على أبيه دون أمه لقوله تعالى «فإن أرضعن لكم فآنهن أجورهن»^(٤) فأوجب اجرة الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات .

أقول : ويؤيده أيضاً عدم وجوب الارضاع عليها ، بل لها الامتناع وأنها كغيرها من الأجانب المستأجرات ، ولو كانت النفقة عليها واجبه كالأب لما صح ذلك . وبالجمله فالتمسك بأصالة براءة ذمتها من ذلك أقوى مستمسك حتى يقوم الدليل على الخروج عنه ، وقد صرحوا أيضاً بأن النفقة الواجبة على الأب لو مات

(١) الخصال ج ١ ص ٣٧ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٨ ح ١ .

(٢) تفسير الإمام العسكري ص ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٨ ح ٢ .

(٣) سورة البقرة - آية ٣ .

(٤) سورة الطلاق - آية ٦ .

الأب أو كان فقيراً فإنها تنتقل إلى آباءه الأقرب فالأقرب ، واستندوا في ذلك إلى أن الأب الأب أب فيدخل تحت ما دل على وجوب النفقة على الأب .

وأورد عليه في شرح النافع بأن هذا الاستدلال لو تم لاقتضى مساواة الجد وإن علا للأب ، لا تقدم الأب كما هو المدعى - ثم قال : - إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على الحكم المذكور ولعله الحجة .

أقول : وفيه تأييد ظاهر لما اخترناه في المسألة من صدق الأب حقيقة على الجد وإن علا ، ونحوه الابن وإن سفل ، والركون إلى حجية الإجماع هنا قد تقدم قريباً ما فيه .

ثم إنهم قالوا : إنّه مع عدم الآباء والأجداد أو فقرهم تجب النفقة على الأم ، ومع عدمها أو فقرها فعلى آباء الأم وأمهاتها وإن علوا مقدماً في الوجوب الأقرب فالأقرب . كذا نص عليه الشيخ في المبسوط ، وكثير من المتأخرين لم يتعرضوا لحكم الآباء والأمهات من قبل الأم .

أقول : لم أقف في النصوص على ما يتضمن هذا الحكم ، أعني حكم الأم وآبائها وأمهاتها ، والظاهر أن ذلك من تخريجات الشيخ - رحمه الله عليه - .

ومما يتفرع على القرب والتساوي كما ذكره امور : (الأول) أنه لو كان الأب والأم معسرين ولا يجد الولد سوى نفقة أحدهما فالظاهر أنهما يكونان فيه بالتساوي لتساوي رتبتهما وعدم الترجيح ، وكذا لو كان له أب معسر وابن كذلك ذكر أكان أو اثني ، أمّا لو كان له أب معسر وجد كذلك وعجز عن نفقتهما جميعاً فإنه يقدم نفقة الأب لأنه الأقرب ، وكذا لو كان له جد وجد أب أو ابن وابن ابن .

(الثاني) لو كان له ولدان ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما وله أب موسر ، وجب على الأب نفقة الآخر ، فإن اختلفا في قدر النفقة وكان مال الأب يسع أحدهما بعينه كالأقل نفقة اختص به ووجب نفقة الآخر على جده ، وإن تساوى

في النفقة واتفقا على الشراكة أو على أن يختص كل واحد منهما بواحد فذاك، وإلا رجعا إلى القرعة .

(الثالث) لو كان للمعسر أب وابن موسران كانت النفقة عليهما بالسوية لتساويهما في المرتبة، أما لو كان له أب وجد فالنفقة على أبيه دون جده ، وكذا القول فيما لو كان له أب وابن ابن فإن النفقة على الأب لأنه الأقرب .

(الرابع) لو كان فقيراً وله أم وابن موسران قيل - في تساويهما في وجوب الاتفاق أو تقدم الولد على الأم - وجهان : منشأهما اتحاد المرتبة ، وكون الولد مقدماً على الجد المقدم عليها ، فيكون أولى بالتقدم .

أقول : يمكن أن يقال بترجيح تقديم الولد في وجوب الاتفاق ، لأنه المستفاد من النصوص المتقدمة، وأما الأم فلم يعم دليل على وجوب الاتفاق عليها على الولد كما عرفت ، غاية الأمر أنهم ذكروا أنه مع فقد من يجب عليه من الأب وإن علا والابن وإن سفل فإنه يجب على الأم ثم آباؤها وأمهاتها الأقرب فالأقرب ، والولد هنا موجود .

الموضع الرابع : أنه يشترط في المنفق عليه الفقر والعجز عن الاكتساب، فلو لم يكن كذلك لم يجب الاتفاق عليه ، وربما قيل باشتراط الفقر خاصة وأنه لا يشترط عدم القدرة على الاكتساب لحصول الحاجة بالفعل ، وهو مردود بأن النفقة معونة على سد الخلّة ، والمكتسب قادر فهو كالغني ، ومن ثم منع من الزكاة ومن الكفّارات المشروطة بالفقر .

نعم يعتبر في الكسب كونها لاثقاً بحاله عادة ، فلا يكلف من كان شريف القدر والعالم الكسب والديباغة ونحوهما، ولو أمكن المرأة الكسب بالتزويج بمن يليق بها تزويجه عادة فهي قادرة بالقوة ، وهل يشترط عدم تمكّن القريب من أخذ نفقته من الزكاة ونحوها من الحقوق؟ احتمالان، قال في شرح النافع : أظهرهما عدم ، تمسكاً بالاطلاق .

الخامس: أنه يجب الإنفاق على القريب المبغض وإن كان فاسقاً أو كافراً لعموم الآية وسائر الأدلة مما تقدم وغيره كقوله عز وجل «وصاحبهما في الدنيا معروفاً»^(١) وموردها الكفران، والفاسقان بطريق أولى، ومن المصاحبة بالمعروف الإنفاق عليهما.

قالوا: ولا يقدح كونهما غير وارثين لعدم الملازمة بينهما، وبذلك صرح الأصحاب وأكثر العلماء من غيرهم، قال الشيخ في المبسوط: كل سبب يجب به الإنفاق من زوجية ونسب وملك يمين فإنما نوجبها مع اختلاف الدين، كما توجبها مع اتفاقه لأن وجوبها بالقرابة، وتفارق الميراث لأنه يستحق بالقرابة في الموالاة، واختلاف الدين يقطع الموالاة.

وأغرب المحقق الشيخ فخر الدين في شرحه على ما نقل عنه في المسالك حيث جعل المانع من الارث كالرق والكفر والقتل مانعاً من وجوب الإنفاق، قال: وربما نقل عنه أن ذلك إجماعي، والأمر بخلافه، لتصريح الأصحاب بنحو ما قلناه، ولم نقف على مخالف لهم فيه. انتهى، وأشار بقوله «بنحو ما قلناه» إلى ما قدمه أولاً من نحو ما ذكرناه في صدر الكلام.

السادس: المشهور أنه لا يجب إعفاف من تجب نفقته، والمراد بالإعفاف أن يصير ذاعقة إما بتزويجه أو يعطيه مهراً يتزوج به أو يملكه جارية أو يعطيه ثمن جارية. صالحة له، ونقل عن بعض الأصحاب القول بالوجوب للأب وإن علا، لأن ذلك من أهم المصاحبة بالمعروف المأمور بها في الآية، ولأنه من وجوه حاجاته المهمة، فيجب على الابن القيام به كالنفقة والكسوة، والمشهور الاستحباب وهو الأظهر.

وتؤيده الأخبار الدالة على أنه لا يحوز له التصرف في جارية ابنه إلا أن

(١) سورة لقمان - آية ١٥.

يقول "مها على نفسه ، ولو كان ذلك واجباً على الابن لجاز له التصرف فيها مطلقاً كما في غيرها من النفقة الواجبة ، فإنه مع إخلال الابن بها يجوز له أخذها ، فيقبل قوله في الحاجة إلى النكاح والرغبة فيه على ما صرح به الأصحاب .

قالوا : ونفقة الزوجة تابعة للإعفاف ، فإن وجب وجبت ، وإلا استجبت ، وكذا القول في نفقة زوجة الأب التي تزوجها بغير واسطة الابن ، وأوجب الشيخ في المبسوط نفقة زوجته وإن لم يجب إعفافه ، قال : لأنها من جملة مؤونته وضروراته ، كنفقة خادمه حيث يحتاج إليه .

قال في المختلف : لا يجب على الولد الغني الاتفاق على زوجة والده المعسر ، ولا على الوالد وجوب الاتفاق على زوجة ولده المعسر لأصالة البراءة ، وأوجب الشيخ في المبسوط النفقة فيها^(١) لأنها من مؤونة والده .

أقول : لأعرف له دليلاً غير ما ذكر من هذا الدليل الاعتباري الذي لا يخفى ضعفه مع ما عرفت من عدم الدليل في أصل المسألة^(٢) .

السابع : قالوا : لودافع من وجبت عليه النفقة أجبره الحاكم ، فإن امتنع حبسه ، وقيل : يتخير بين حبسه وتأديبه لينفق بنفسه ، وبين أن يدفع من ماله قدر النفقة إن كان له مال ظاهر ، وإن توقف على بيع شيء من عقاره وماله جاز ، لأن "حق" النفقة واجب فكان كالدين ، ولو كان من تجب عليه النفقة غائباً تولى الحاكم الاتفاق من ماله كالحاضر الممتنع . قيل : وللحاكم أن يأذن له في الاستدانة والاتفاق ثم الرجوع عليه بعد حضوره .

قال في المسالك : ولولم يقدر على الوصول إلى الحاكم ففي جواز استقلاله بالاستقراض عليه أو البيع من ماله مع امتناعه أو غيبته وجهان ، أجودهما الجواز ،

(١) هكذا في الأصل والصحيح «النفقة عليها» .

(٢) وهو وجوب الإعفاف . (منه - قدس سره -) .

لأن ذلك من ضرور المقاصّة حيث يقع أخذ القريب في الوقت والزوجة مطلقاً، انتهى.
المطلب الثالث ، في نفقة المملوك: وهو إما أن يكون من الأناسي أو
غيره من سائر الحيوانات ، فالكلام هنا في موضعين :
الاول - في المملوك الأناسي وفيه مسألتان :

الاولى : لاختلاف نصّ وقوى في وجوب النفقة عليه إذا لم يكن له مال .
روى ثقة الاسلام^(١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام
وقال : خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً الأب والام والولد والمرأة والمملوك، وذلك
أنهم عياله لازمون له .

وعن جميل بن دراج^(٢) في الصحيح أو الحسن قال : لا يجبر الرجل إلا على
نفقة الأبوين والولد الحديث .

وروى الصدوق في العلل^(٣) في الصحيح عن عبد الله بن الصلت عن عدة من
من أصحابنا يرفعونه إلى أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : خمسة لا يعطون من الزكاة
الولد والوالدان والمرأة والمملوك ، لأنه يجبر على النفقة عليهم ، إلى غير ذلك
من الأخبار .

وقد نقل غير واحد من أصحابنا أنه لاختلاف بين علماء الاسلام في الحكم المذكور
ولافرق في المملوك بين الصغير والكبير ، والصحيح والأعمى ، والمدبّر والمرهون
والمستأجر وغيرها ، وكذا لافرق بين الكسوب وغيره ، لكن متى كان كسوباً
يختير المولى بين الانفاق عليه من ماله وأخذ كسبه وبين الانفاق عليه من كسبه ،

(١) الكافي ج ٣ ص ٥٥٢ ح ٥ ، التهذيب ج ٤ ص ٥٦ ح ٧ ، الوسائل ج ٦ ص ١٦٥ ب ١٣
ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٤ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٤ .

(٣) علل الشرايع ص ٣٧١ ب ٩٤ ح ١ ط النجف الأشرف ، الوسائل ج ٦ ص ١٦٦ ب ١٣
ح ٤ .

والمرجع إلى واحد لأن الكسب أحد أموال السيد، ولهذا لو قصر كسبه وجب الاتمام على السيد، و لو تعدد المالك وزعت النفقة على الجميع بحسب الملك، ويرجع في قدر النفقة إلى عادة ممالك أمثال المولى من أهل بلاده لأنها غير متعددة شرعاً على المشهور، فيجب الرجوع فيها إلى العادة كما قلنا، فيعتبر قدر ما يكفيه من طعام وكسوة، ويرجع في الكيفية إلى ما تقدم من عادة أمثال ممالك الموالى من أهل بلاده، و لو كان السيد ممّن يتنعم في الطعام والادام والكسوة استحب له التوسعة على مملوكه كذلك.

وروي عنه ^(١) عليه السلام قال: إخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه ممّا يأكل، ويلبسه ممّا يلبس.

قال في المسالك بعد نقله: أنه محمول على الاستحباب، أو على أن الخطاب للعرب الذين مطاعهم وملابسهم متقاربة، أو على أنه جواب سائل علم حاله، فأجاب على ما اقتضاه الحال كما وقع في كثير من أجوبته عليه السلام.

أقول: الظاهر أن الخبر المذكور عامي لعدم وجوده في كتب أخبارنا كما لا يخفى على من راجعها، فلا ضرورة إلى ارتكاب هذه التكاليفات في تأويله، و لو امتنع السيد عن الاتفاق عليه خيره الحاكم بين بيعه وبين الاتفاق عليه وجبره على أحدهما إن لم يكن له مال.

المسألة الثانية: قالوا: يجوز مخارجة المملوك على شيء فما فضل يكون له، فإن كفاه لنفقته وإلا أتمه المولى، والمراد بالمخارجة ضرب خراج معلوم على المملوك يؤديه كل يوم أو كل سنة أو مدة ممّا يكسبه، وما فضل عن ذلك الذي ضربه عليه فإنه يكون للعبد، وهل للسيد إجبار العبد على ذلك؟ قولان، اختار في المسالك الثاني، ومثله سبطه السيد السند في شرح النافع، وعلمه بأنه يملك استخدامه المعتاد لا تحصيل ذلك القدر المطلوب منه بالكسب.

(١) صحيح البخاري ج ١ ص ١١ ب ٢٢ من الإيمان.

و اختار العلامة في التحرير جواز إجباره على ذلك إذا لم يتجاوز بذلك المجهود لأنه يملك منافعه، فله نقلها إلى غيره بالعوض على كره منه والمخرجة مثله. قالوا: وإذا وفي وزاد ما يكتسبه فالزيادة مبررة من السيد إلى عبده وتوسع عليه. أقول: هذا مبني على ما هو المشهور بينهم من عدم جواز ملك العبد، وفيه ما استعرفه - إن شاء الله - في المقام، وقد تقدم أيضاً تحقيق ذلك في كتاب البيع. والذي وقفت عليه هنا من الأخبار الدالة على مشروعية المخرجة ما رواه الصدوق في الفقيه^(١) عن الحسن بن محبوب عن عمر بن يزيد في الصحيح وقال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضي بذلك المولى، فأصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة، قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه، فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك. ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: أليس قد فرض الله تعالى على العباد فرائض، فإذا أدوها لم يسألهم عما سواها، قلت: فللملوك أن يتصدق مما اكتسب ويعتق بعد الفريضة التي كان يؤديها إلى سيده؟ قال: نعم وأجر ذلك له، قلت: فإن أعتق مملوكاً مما كان اكتسب سوى الفريضة لمن يكن دلاء المعتق؟ فقال: يذهب فيتولى من أحب إذا ضمن جريته، وعقله كان مولاه وورثه، قالت: أليس قال رسول الله ﷺ: الولاء لمن أعتق؟ فقال: هذا سائبة لا يكون ولاؤه لعبد مثله، قلت: فإن ضمن العبد الذي أعتقه جريته وحدته يلزمه ذلك و يكون مولاه ويرثه؟ فقال: لا يجوز ذلك، لا يرث عبد حراً.

وفي هذا الخبر فوائد عديدة قد ذكرنا وسنذكر - إن شاء الله - كلاً منها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٠ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٧٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٢٤ ح ٤٠ وفيها

اختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره -.

في موضعه ، و من أظهرها دلالة على ملك العبد لفاضل الضريبة ، كما اخترناه ممّا قدمنا تحقيقه في كتاب البيع^(١) وهو أحد القولين في المسألة .

ولو قلنا بأنّه لا يملك كما هو القول الآخر كان الأمر كما قدمنا نقله عنهم من أن فاضل الضريبة مبرّرة من السيّد إلى عبده إلا أن النصّ المذكور على خلافه.

الموضع الثاني : في نفقة البهائم المملوكة ، مأكولة كانت أو غير مأكولة ولا خلاف في وجوب نفقتها كما نقله غير واحد من الأصحاب ، وعلى ذلك تدلّ الأخبار .

و منها ما رواه في الكافي^(٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : للدابة على صاحبها ستّة حقوق ، لا يحملها فوق طاقتها ، ولا يتخذ ظهرها مجلساً يتحدث عليها ، ويبدأ بعلفها إذا نزل ، ولا يسمها ، ولا يضربها في وجهها فإنّها تسبح ، ويعرض عليها الماء إذا مرّ به .

وروى في الفقيه^(٣) عن السكوني بإسناده قال : قال رسول الله ﷺ : للدابة على صاحبها خصال ، يبدأ بعلفها إذا نزل ، ويعرض عليها الماء إذا مرّ به ، ولا يضرب وجهها فإنّها تسبح بحمد ربّها ، ولا يقف على ظهرها إلا في سبيل الله ، ولا يحملها فوق طاقتها ، ولا يكلفها من المشي إلا ما تطيق ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و يقوم مقام علفها وسقيها تخليتها في المرعى لترعى فيه ، ويجزي بعلفه كما هو المتعارف في جميع البلدان ، ولولم يجزها فعلى المالك الاتمام ، ولو امتنع المالك أجبره الحاكم على بيعها أو علفها أو ذبحها لو كانت مأكولة اللحم ، أو للاتّفاع بإهابها ، وإذا لم ينتفع بها بالذبح أجبر على أحد الأمرين .

فوائد

الاولى : قالوا : لا يجوز تكليف الدابة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل وإدامة

(١) ج ١٩ ص ٣٩٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٣٧ ح ١ ، الوسائل ج ٨ ص ٣٥١ ب ٩ ح ٦ .

(٣) الفقيه ج ٢ ص ١٨٧ ح ١ ، الوسائل ج ٨ ص ٣٥٠ ب ٩ ح ١ .

السير . أقول : وقد عرفت ما يدلُّ عليه من الخبرين المتقدمين .

الثانية : قالوا : يجوز غصب العلف لابقائها إذا لم يوجد غيره ولم يبذله المالك بالعوض ، كما يجوز غصبه كذلك لحفظ نفس الانسان ، وإن كان يلزمه المثل أو القيمة .

الثالثة : قالوا : لا يجوز الحلب إذا كان يضرُّ بالبهيمة لقلة العلف وإن لم يضرَّ ولدها ، وتركه إذا لم يكن في الحلب إضرار بها لما فيه من تضييع المال والاضرار بالبهيمة . قيل : ويحتمل الوجوب ، ويستحبُّ أن لا يستقصى في الحلب . الرابعة : قالوا : ينبغي أن يبقى للنحل شيء من العسل في الكوارة ، ولو احتاجت إليه كوقت الشتاء وجب إبقاء ما يكفيها عادة ، ويستحبُّ أن يبقى أكثر من الكفاة إلا أن يضرَّ بها .

الخامسة : قد صرحوا بأنه حيث إنَّ ديدان الفزَّ إنما تعيش بالتوت ، فعلى مالِكها القيام بكفائتها منه وحفظها من التلف ، فإنَّ عنَّ الورق ولم يعتن بها باع الحاكم من ماله واشترى لها منه ما يكفيها . قال في شرح النافع بعد نقل ذلك عن جده في المسالك : وهو كذلك ، وإذا جاء وقتها بتخفيف جوزها في الشمس وإن هلكت تحصيلاً للغرض المطلوب منها . قال في شرح النافع : وعليه عمل الناس كافة عصرًا بعد عصر من غير تكبر فكان إجماعًا ، ويدلُّ عليه قوله تعالى «هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً»^(١) أي لأجل انتفاعكم به في دنياكم ودينكم . السادسة : ما كان من المال ما لا روح له كالعقار ، فالمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يجب عمارته ولا زراعة الأرض ، لكنَّه يكره تركه إذا أدى إلى الخراب . قال في المسالك : وفي وجوب سقي الزرع والشجرة وحرثه مع الامكان قولان ، أشهرهما العدم .

(١) سورة البقرة - آية ٢٩ .

ولنقطع الكلام حامدين للملك العالم على جزيل نعمائه الجسام ، وجميل
أياديه العظام ، التي من أهمتها الفوز بسعادة الاختتام ، مصلين على نبيته محمد وآله
مصاييح الظلام ، وأركان الاسلام ، و كعبة الاعتصام ، و بدور التمام ، سائلين منه
عز وجل الامداد بالتوفيق ، الذي هو خير صاحب ورفيق ، إلى الفوز بإتمام الكتب
الباقية ، وأن ينيم عنّي عيون العوائق ، و يجعلني في درعه الحصينة الواقية ، وأن
يعصمني من زلل الأقدام ، وزيف الأفهام ، و طغيان الأقلام ، في نعمة منه سبحانه
وعافيته ، إنّه أكرم مقصود ومسؤول ، وأجود مرجو ومأمول ، وقد اتفق الفراغ
من هذا المجلد وهو المجلد التاسع^(١) من كتاب «الحدائق الناضرة في أحكام العترة
الطاهرة» ، و يتلوه المجلد العاشر^(٢) في كتاب الطلاق و ما يتبعه من الكتب في اليوم
الثاني من شهر جمادى الثانية أحد شهور السنة الخامسة والثمانين بعد المائة والألف
من الهجرة النبوية في الأرض المقدسة كربلاء المعلى بيد العبد يوسف بن أحمد
ابن إبراهيم البحراني جزاه الله تعالى بإحسانه وجوده وامتنانه ، آمين آمين آمين.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، و صلى الله على محمد و عترته
الطاهرين ، و سلام على المرسلين و على عباده الصالحين .

كتاب الطلاق

ولهم فيه تعريفات قد اردفت بإيرادات ليس في التعرض لذكرها مزيد فائدة
بعد ظهور المعنى لكل من خاض الفن و مارس الأخبار و كلام علمائنا الأبرار .

مقدمة

قد تكاثرت الأخبار و به صرح جملة من علمائنا الأبرار ، بكراهة الطلاق مع
التنائم الأخلاق .

فروى في الكافي^(١) عن سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: مر رسول الله
ﷺ برجل فقال: ما فعلت امرأتك؟ فقال: طلقته يا رسول الله، قال: من غير
سوء؟ قال: من غير سوء. ثم إن الرجل تزوج فمر به النبي ﷺ فقال: تزوجت؟
فقال: نعم. ثم مر به فقال له بعد ذلك: ما فعلت امرأتك؟ قال: طلقته قال:
من غير سوء؟ قال: من غير سوء. ثم إن الرجل تزوج فمر به النبي ﷺ فقال:

(١) الكافي ج ٦ ص ٥٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.

تزوجت؟ فقال: نعم، ثم قال له بعد ذلك: ما فعلت امرأتك؟ قال: طلقته، قال: من غير سوء؟ قال: من غير سوء. فقال رسول الله ﷺ: إن الله عز وجل يبغض أو يلعن كل ذواق من الرجال، وكل ذواقه من النساء.

وما رواه فيه^(١) أيضاً عن ابن أبي عمير في الصحيح أو الحسن عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما من شيء ممّا أحله الله عز وجل أبغض إليه من الطلاق، وأن الله يبغض المطلق الذواق.

وعن أبي خديجة^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن الله عز وجل يحب البيت الذي فيه العرس، وما من شيء أبغض إلى الله عز وجل من الطلاق، وعن طلحة بن زيد^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعت أبي عليه السلام يقول: إن الله عز وجل يبغض كل مطلق ذواق.

و بإسناده^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: بلغ النبي ﷺ أن أبا أيوب يريد أن يطلق امرأته، فقال رسول الله ﷺ: إن طلاق أم أيوب لحوب، أقول: يعني بالحوب الاثم.

وعن صفوان بن مهران^(٥) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: تزوجوا وزوجوا - إلى أن قال: - وما من شيء أحب إلى الله عز وجل من بيت يعمر بالنكاح، وما من شيء أبغض إلى الله عز وجل من بيت يضرب في الاسلام بالفرقة، يعني الطلاق.

(١) الكافي ج ٦ ص ٥٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ ح ٢ وفيهما «ويبغض البيت الذي فيه الطلاق».

(٣) الكافي ج ٦ ص ٥٥ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٥٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ١ ح ٤.

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٢٨ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٦ ب ١ ح ١.

و روى الفضل الطبرسي في مكارم الأخلاق^(١) قال : قال ﷺ : تزوجوا ولا تطلقوا فإنّ الطلاق يهتز منه العرش. قال: وقال ﷺ : تزوجوا ولا تطلقوا فإنّ الله لا يحبّ الذواقين و الذواقات .

أقول : وإنّما حملنا هذه الاخبار مع إطلاقها على التثام الأخلاق ، ليردّد أخبار اخر في مقابلتها دالة على الأمر بالطلاق مع عدم التثام الأخلاق .

و منها ما رواه في الكافي^(٢) عن عثمان بن عيسى عن رجل عن أبي جعفر ﷺ أنّه كانت عنده امرأة تعجبه ، و كان لها محبباً ، فأصبح يوماً وقد طلقها ، واغتمّ لذلك ، فقال له بعض مواليه : جعلت فداك لم طلقتها ؟ فقال : إنّي ذكرت عليّاً ﷺ فتنفّسته فكرهت أن ألصق جرة من حجر جهنّم ببجلدي .

و عن خطاب بن سلمة (مسلمة خ ل)^(٣) قال: كانت عندي امرأة تصف هذا الأمر ، و كان أبوها كذلك ، و كانت سيّئة الخلق فكنت أكره طلاقها لمعرفتي بإيمانها وإيمان أبيها ، فلقيت أبا الحسن موسى ﷺ وأنا أريد أن أسأله عن طلاقها - إلى أن قال : - فابتدأني فقال: يا خطاب كان أبي زوجني ابنة عمّ لي و كانت سيّئة الخلق ، و كان أبي ربما أغلق عليّ و عليها الباب رجاء أن ألقاها ، فأنسلق الحائط وأهرب منها ، فلمّا مات أبي طلقته ، فقلت : الله أكبر أجابني و الله عن حاجتي من غير مسألة .

و عن خطاب بن مسلمة^(٤) قال : دخلت عليه - يعني أبا الحسن موسى ﷺ - وأنا أريد أن أشكو إليه ما ألقى من امرأتي من سوء خلقها ، فابتدأني فقال : إنّ أبي كان زوجني مرة امرأة سيّئة الخلق فشكوت ذلك إليه فقال : ما يمنعك من فراقها ، قد جعل الله ذلك إليك ، فقلت فيما بيني وبين نفسي : قد فرجت عني .

(١) مكارم الأخلاق ص ١٩٧ ط الأعلمي بيروت ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٨ ب ١ ح ٧ و ٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٥ ح ١ و ٢ و ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٩ ب ٣ ح ١ و ٢ و ٣ .

بقي هنا إشكال و هو أنه قد تكاثرت الأخبار بأن الحسن عليه السلام كان رجلاً مطلقاً للنساء حتى عطب به أبوه علي عليه السلام على ظهر المنبر .

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي ^(١) عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إن علياً عليه السلام قال وهو على المنبر : لا تزوجوا الحسن ، فإنه رجل مطلق ، فقام إليه رجل من همدان فقال : بلى والله أزوجه ، وهو ابن رسول الله ﷺ وابن أمير المؤمنين عليه السلام فإن شاء أمسك وإن شاء طلق .

وعن يحيى بن أبي العلاء ^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إن الحسن بن علي عليه السلام طلق خمسين امرأة فقام علي عليه السلام بالكوفة فقال : يا معاشر أهل الكوفة لا تنكحوا الحسن عليه السلام فإنه رجل مطلق ، فقام إليه رجل فقال : بلى والله أنكحته فإنه ابن رسول الله ﷺ وابن فاطمة عليها السلام فإن أعجبته أمسك ، وإن كره طلق .

وروى البرقي في كتاب المحاسن ^(٣) عن ابن محبوب عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أتني رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال له : جئتكم مستشيراً إن الحسن والحسين وعبدالله بن جعفر خطبوا إلي فقال أمير المؤمنين عليه السلام : المستشار مؤتمن ، أما الحسن فإنه مطلق للنساء ، ولكن زوجها الحسين فإنه خير لابنتك . و ربما حمل بعضهم هذه الأخبار على ما تقدم في سابقها من سوء خلق في أولئك النساء أو نحوه مما يوجب أولوية الطلاق ، و لا يخفى بعده ، لأنه لو كان كذلك لكان عذراً شرعياً ، فكيف ينهى أمير المؤمنين عليه السلام عن تزويجه والحال كذلك . وبالجمله فالمقام محل إشكال ، ولا يحضرني الآن الجواب عنه ، و حبس القلم عن ذلك أولى بالأدب .

(١) الكافي ج ٦ ص ٥٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧١ ب ٤ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٨ ب ٢ ح ٢ وفيهما «لتنكحه فإنه» .

(٣) المحاسن ص ٦٠١ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٨ ب ٢ ح ١ .

والكلام في هذا الكتاب في أركان الطلاق وأقسامه ولواحقه، فهذا مقاصد ثلاثة:

الاول : في الاركان

وهي أربعة : الاول : المطلق ويعتبر فيه شروطاً أربعة : أحدها البلوغ والكلام فيه يقع في موضعين :

الأول: لاختلاف بين الأصحاب في عدم صحة طلاق من لم يبلغ عشرين وإن كان مميزاً ، كما لاختلاف في صحة طلاق من كان بالغاً ، وإنما الخلاف فيمن بلغ عشرين وهو مميز ، فذهب الشيخ في النهاية و ابن البراج وابن حمزة وغيرهم إلى صحة طلاقه ، وذهب ابن إدريس إلى العدم وهو المشهور بين المتأخرين ، وقال علي بن بابويه في رسالته : و الغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز ، وظاهره عدم التقيد بالعشر ولا بالتميز .

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين .

وما رواه في الكافي والفقهاء ^(٢) عن سماعة في الموثق قال : سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته ، قال : إذا هو طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحققها فلا بأس وهو جائز .

وما رواه في الكافي ^(٣) في الموثق عن ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال :

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٥ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٦ ح ١٧٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ب ٣٢ ح ٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ ح ٤ وفيه ولا يجوز ، التهذيب ج ٨ ص ٧٦ ح ١٧٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ب ٣٢ ح ٥ .

يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل ووصيته وصدقته وإن لم يحتلم ،
وما رواه الشيخ ^(١) بطريقه عن علي بن الحسن بن علي بن فضال عن يعقوب بن
يزيد عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام
«قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته و وصيته وإن لم يحتلم ،
وما رواه في الكافي ^(٢) عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم ^(٣) أو مجنون أو مكره ،
وعن أبي الصباح الكناني ^(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس طلاق الصبي
بشيء » .

وعن أبي بصير ^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يجوز طلاق الصبي ولا السكران .
وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٦) « و الغلام إذا طلق للسنة
فطلاقه جائز » .

وروى الحميري في كتاب قرب الأسناد ^(٧) عن الحسن بن ظريف عن
الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام « قال : لا يجوز طلاق
الغلام حتى يحتلم » .

(١) التهذيب ج ٩ ص ١٨٢ ح ٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢١ ب ١٥ ح ٢ وفيه «جميل ابن دراج
عن أحدهما» .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ ح ٣ .

(٣) البرسام : هو التهاب في الحجاب الذي بين الكبد والقلب .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٦ ح ١٧٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢
ح ١ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٢٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٤ ب ٣٢ ح ٤ .

(٦) فقه الرضا ص ٢٤٣ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٨ ب ٢٤ ح ٣ .

(٧) قرب الإسناد ص ٥٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٥ ب ٣٢ ح ٨ .

أقول : هذه جملة ما حضرني من الأخبار في المسألة ، وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك نقل متن رسالة ابن أبي عمير عن ابن بكير ، ونقل ذلك عن ابن أبي عمير أيضاً قال في الكتاب المذكور - بعد قول المصنف : و في من بلغ عشرأ عاقلاً فطلق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف - ما صورته : الرواية التي أشار إليها رواها ابن فضال عن ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين ، و ضعفها بالرجلين المذكورين فإنهما فطحيان ، و مع ذلك عمل بمضمونها الشيخان و جماعة من المتقدمين ، وقد روى في معناها ابن أبي عمير في الحسن رسالة عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين ، و روى ابن بكير جواز طلاقه غير مقيد بالعشر أيضاً عنه عليه السلام قال : يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم ، انتهى .

أقول : ما ذكره من رواية ابن بكير الأولى وهم نشأ من الشيخ في التهذيب تبعه عليه من لم يتأمل المقام مثل شيخنا المذكور ، ومثله صاحب الوسائل ، وقد نبه على ما ذكرناه السيد السند - رحمه الله عليه - في شرح النافع حيث قال بعد نقل رسالة ابن أبي عمير كما نقلناه : وقد جعل الشيخ في التهذيب هذه الرواية رواية ابن بكير ، وهو غير جيد ، فإن رواية ابن بكير رواية الكليني متقدمة على هذه الرواية بغير فصل ، و كأن نظر الشيخ سبق من سند رواية ابن بكير إلى متن رواية ابن أبي عمير ، و قد وقع نحو ذلك في عدة مواضع من التهذيب فينبغي التنبيه عليه . انتهى ، و هو جيد لما قدمناه في مواضع عديدة سيما في كتب العبادات من ذكر ما وقع للشيخ من أمثال ذلك في متون الأخبار و أسانيدها ، و قد ما يخلو خبر من نحو ذلك .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن غاية ما تعلق به السيد السند في شرح النافع دليلاً لما اختاره من القول المشهور بين المتأخرين - هو تمسك بمقتضى الأصل فيما لم يقم دليل على خلافه ، و رواية أبي الصباح الكناني و رواية أبي بصير

المتقدمين ، ثم أجاب عن مرسلته ابن أبي عمير بضعف الاسناد بالارسال ، ولم ينقل غيرها من الأخبار الدالة على مذهب الشيخ و من تبعه .

و أنت خير بما فيه أما (أولاً) فلأن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل كما سنوضحه إن شاء الله تعالى . و أما (ثانياً) فإن الطعن في مرسلته ابن أبي عمير مع كونه خلاف قواعدهم و ما صرحوا به من عددهم مرسلاته في حكم المسانيد ، فهو وارد عليه في استدلاله بروايته الكناني وأبي بصير .

و التحقيق أنه بالنظر إلى الأخبار المذكورة بعضها إلى بعض بحمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفصلها ، فيحمل الصبي في رواية الكناني و أبي بصير ونحوهما مما دل على عموم عدم جواز طلاقه على من لم يبلغ العشر أو من بلغ ، ولكن لا يعقل ذلك ، وما دل على جواز طلاقه مطلقاً كموثقات محمد بن مسلم وسماعة وابن بكير و نحوهما على من بلغ عشرين ، وكان يعقل ذلك ، و به يجتمع الأخبار على وجه واضح المنار ، ويظهر قوة قول الشيخين وأتباعهما و هو ظاهر الصدوق في الفقيه لاقتصاره على نقل موثقة سماعة الدالة على هذا القول ، و هو صريح عبارة أبيه في الرسالة كما عرفت ، والظاهر أنه المشهور بين المتقدمين .

وقال السيد السند في شرح النافع - بعد نقله عبارة الشيخ علي بن الحسين بن بابويه المذكورة - ما لفظه: وربما كان مستنده في هذا الاطلاق ما رواه ولده في الفقيه عن زرعة عن سماعة - ثم نقل الرواية حسبما قدمناه ، ثم قال: - وهذه الرواية ضعيفة بالاضمار ، واشتمال سندها على عدة من الواقفية ، فلا يصلح التعلق بها في إثبات هذا الحكم ، انتهى .

أقول : فيه أن مستند الشيخ المذکور إنما هو كتاب الفقه الرضوي ، فإن عبارته التي قدمنا نقلها عنه عين عبارة الكتاب المتقدمة ، حسبما عرفت في غير موضع مما تقدم من إفتائه في الرسالة بعبارات هذا الكتاب كما أوضحناه

سابقاً ، بما لا يداخله الشك ولا الارتياب . ولكنهم لعدم اطلاعهم على الكتاب المذكور يتكلفون له تحصيل الأدلة المناسبة ، كما هي قاعدته في المختلف .
وبالجملة فإن الظاهر عندي هو القول المذكور لاجتماع الأخبار عليه ،
والقول بما عليه المتأخرون موجب لطرح أخبار المسألة مع اعتبار أسانيدها
قوتها ، والجمع بين الأخبار مهما أمكن ذوي من طرح بعضها ، وإلى هذا القول
يميل كلام صاحب الكفاية .

الثاني : لا خلاف بين الأصحاب في أنه ليس للولي أن يطلق عن الصبي قبل
بلوغه ، ويدل عليه الخبر المشهور ^(١) من قوله عليه السلام «الطلاق بيد من أخذ بالساق» .
ومارواه في الكافي ^(٢) عن الفضل بن عبد الملك «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : لا بأس . قلت : يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، ووصف
السيد السند في شرح النافع هذه الرواية بالصحة ، مع أن في طريقها عبد الله بن
محمد المشهور بنيةان أخا أحمد بن محمد بن عيسى وهو مجهول في الرجال .
ومارواه في التهذيب ^(٣) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في
الصبي يتزوج الصبية بتوارثان ؟ قال : إذا كان أبواهما للذات زواجهما فنعم . قلت :
فهل يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا » .

وعن عبيد بن زرارة ^(٤) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .
نعم لو بلغ فاسد العقل جاز للولي أن يطلق عنه مع مراعاة الغبطة على
المشهور بين المتقدمين والمتأخرين ، بل ادعى عليه فخر المحققين الإجماع ، ولم

^(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٧ ط القاهرة سنة ١٣٧٣ هـ . ق . .
^(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ب ٢٨
ح ٢ .
^(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٠ ب ١٢ ح ١ .
^(٤) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٢ ح ١ لكن عن عبيد بن زياد ويحتمل اشتباه قد وقع ، الوسائل
ج ١٧ ص ٥٢٨ ب ١١ ح ٣ .

ينقل الخلاف هنا إلّا عن الشيخ في الخلاف، فإنّه ذهب إلى عدم الجواز محتجاً بإجماع الفرقه، وتبعه ابن إدريس، واحتج "كل" من القائلين المذكورين بجملة من الأدلة العقلية التي ليس في التطويل بثّ كرها مزيد فائدة، والظاهر هو القول المشهور للأخبار التي هي المعتمد في الورد والصدور.

ومنها ما رواه ثقة الاسلام والشيخ^(١) في الصحيح عن أبي خالد القمّاط قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل الأحقّ الذاهب العقل أيجوز طلاق وليّه عليه؟ قال: ولم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن هو طلق أن يقول غداً لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق، قال: ما أرى وليّه إلّا بمنزلة السلطان.

ومارواه في الكافي والفقيه^(٢) عن أبي خالد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يعرف رأيه مرة وينكره أخرى، يجوز طلاق وليّه عليه؟ قال: ماله هو لا يطلق؟ قلت: لا يعرف حدّ الطلاق ولا يؤمن عليه إن طلق اليوم أن يقول غداً لم أطلق، قال: ما أراه إلّا بمنزلة الامام يعني الولي.

أقول: المراد من كون الولي بمنزلة السلطان أو بمنزلة الامام يعني في تولي الطلاق عنه كما يفصح به الخبر الآتي، والظاهر أن قوله عليه السلام "لم لا يطلق؟" مبني على كون الجنون ادواراً كما هو ظاهر الخبر الثاني، وحينئذ فيطلق في وقت إفاقته، فأجاب السائل بأنّه في حال الافاقة ليس كامل العقل، لما ذكره في الخبرين.

ومارواه في الكافي^(٣) عن أبي خالد القمّاط عن أبي عبد الله عليه السلام في طلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٧٥ ح ١٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٧ ب ٣٤ ح ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ ح ٣.

المعتوه قال : يطلق عنه وليه فإنه أراه بمنزلة الامام .
وعن شهاب بن عبد ربّه ^(١) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : المعتوه الذي لا يحسن
أن يطلق ، يطلق عنه وليه على السنة ، الحديث .
احتجّ ابن إدريس بأن الأصل بقاء العقد وصحته ، وقوله عليه السلام ^(٢) «الطلاق
يبد من أخذ بالساق» .

وفيه أن الأصل يجب الخروج عنه بالدليل وقد عرفت ، والخبر مع تسليم
صحة سننه مطلق يجب تقييده بما ذكرنا من الأخبار : على أنه غير منافٍ للمراد ،
وذلك لأن طلاق الولي طلاقه ، كما أنه يجوز طلاق الوكيل بالاجماع ، إذ لم يوجب
أحد من الأصحاب إيقاع الطلاق مباشرة من الزوج .

قال في المسالك - بعد أن استدللّ للقول المشهور بالروايتين الأولتين - : وفي
الاحتجاج بهذه الأخبار نظر ، لأن جعل الولي بمنزلة الامام والسلطان لا يدلّ على
جواز طلاقه عنه ، ولأن متن الحديث لا يخلو من قصور ، لأن السائل وصف الزوج
بكونه ذاهب العقل ، ثم يقول له الامام « ماله لا يطلق » مع الاجماع على أن
المجنون ليس له مباشرة الطلاق ، ولا أهلية التصرف ، ثم يعكّل السائل عدم طلاقه
بكونه ينكر الطلاق أو لا يعرف حدوده ، ثم يجيبه بكون الولي بمنزلة السلطان
وكلّ هذا يضعف الاحتجاج بها ، وأيضاً فهذه الأخبار ليس فيها تقييد باشتراط
طلاقه بالمصلحة والغلبة للمجنون ، ومن ثم ذهب ابن إدريس إلى عدم الجواز ،
وقبله الشيخ في الخلاف محتجاً بإجماع الفرقة ، وبأصالة بقاء العقد وصحته ، وقوله
عليه السلام - ثم «أورد الخبر النبوي المتقدم» - .

أقول : أما ما طعن به من عدم دلالة جعل الولي بمنزلة السلطان - على جواز
طلاقه عنه - فقد عرفت إفصاح الرواية الثالثة به ، وبها كشف نقاب الإبهام عن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٩ ب ٣٥ ح ٢ .

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٧ .

الروایتین المذکورین كما أشرنا إليه آنفاً ، و أكد ذلك الرواية الرابعة ، ولكن العذر له واضح حيث لم يطلع عليها وإلا لأوردهما .
وأما الطعن في المتن بما ذكره فقد تقدم الجواب عنه .

و بالجملة فإنه إذا ضمت هذه الأخبار الأربعة بعضها إلى بعض فإنه لا إشكال في قوة القول المشهور ، وما عليه القول الآخر من القصور . و شيخنا المذکور قد رجع في آخر كلامه إلى القول المشهور ، وإنما كلامه هنا نوع مناقشة أوردها في البين ، مع أنك قد عرفت أنه لا أثر لها ولا عين .

نعم ما ذكره - من أنه ليس في هذه الأخبار تقييد باشتراط الطلاق بالمصلحة - متجه ، إلا أنه يمكن الرجوع في ذلك إلى الأدلة العامة الدالة على أن تصرف الولي منوط بالمصلحة إن ثبت ذلك .

الثاني من الشروط الأربعة المتقدمة العقل ، فلا يصح طلاق المجنون ولا السكران ولا من زال عقله بإغماء أو شرب مرقد لعدم القصد . والمراد بالمجنون المطبق ، لأن من كان جنونه ادواراً فله أن يطلق في حال الافاقة بغير إشكال . والمراد بالسكران من بلغ بتناول المسكر إلى حد يرتفع معه القصد ، وقيل في حده إنه الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم .

ومن الأخبار الدالة على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة^(١) عن الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق المعتوه الذاهب العقل أيجوز طلاقه ؟ قال : لا . وعن المرأة إذا كانت كذلك أيجوز بيعها وصدقها ؟ قال : لا .

وما رواه في الكافي^(٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كل طلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٥ ح ١٧٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٧ ب ٣٤ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٧ ب ٣٤ ح ٣ .

جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره .
ومارواه في التهذيب ^(١) عن زكريا بن آدم قال : سألت الرضا عليه السلام عن طلاق السكران والصبي والمعتوه على عقله ومن لم يتزوج ، فقال : لا يجوز .
ومارواه في الكافي ^(٢) عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن طلاق السكران ، فقال : لا يجوز ولا كرامة .
وعن أبي الصباح الكناني ^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال ليس طلاق السكران بشيء .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٤) في الصحيح برواية التهذيب عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن طلاق السكران ، قال : لا يجوز ولا عققه ، وزاد في التهذيب وقال : وسألت عن طلاق المعتوه ، فقال : وما هو ؟ قلت : الأحق الذاهب عقله ، قال : لا يجوز . قلت : والمرأة كذلك يجوز بيعها وشراؤها ؟ قال : لا .
ومارواه في التهذيب ^(٥) عن إسحاق بن جرير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألت عن السكران يطلّق أو يعتق أو يتزوج ، أيجوز له وهو على حاله ؟ قال : لا يجوز له .
وأما مارواه في التهذيب والفقيه ^(٦) عن شعيب عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن المعتوه أيجوز طلاقه ؟ فقال : ما هو ؟ فقلت : الأحق الذاهب العقل فقال : نعم ، فحملته الصدوق - رحمه الله - في الفقيه والشيخ في الكتابين على ما

(١) التهذيب ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ ح ٧ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٠ ب ٣٤ ح ١ و ٢ .
(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٠ ب ٣٦ ح ٤ وص ٣٢٨ ب ٣٤ ح ٥ .
(٤) التهذيب ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ ح ٦ .
(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٥ ح ١٧١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٨ ب ٣٤ ح ٨ .

إذا طلق عنه وليه ، وجوز في الاستبصار حمله على ناقص العقل دون فاقده .
أقول : ظاهر هذه الأخبار أن "المعتوه هو المجنون الذاهب العقل، وظاهر كلام
جملة من أهل اللغة أنه الناقص العقل .

قال الفيومي في كتاب المصباح المنير^(١) : عته عتاً من باب تعب وعتاهاً
بالفتح : نقص عقله من غير جنون أو دهش ، وفيه لغة ثانية عته بالبناء للمفعول
عتاهة بالفتح وعتاهية بالتخفيف فهو معتوه بين العته .

وفي التهذيب^(٢) : المعتوه المدهوش من غير حس أو جنون ، انتهى .
وقال في القاموس^(٣) : عته كعني عتاً وعتهاً وعتاهاً بضمها فهو معتوه نقص
عقله أو فقد أو دهش ، انتهى .

و الظاهر من سؤالهم ^{والتعليق} السائل في بعض هذه الأخبار بعد ذكر المعتوه
«ما هو» هو أنه يطلق على كل من الأمرين - أعني فاقد العقل وفاقصه - فإذا
أجاب بأنه فاقد العقل منع ^{والتعليق} من جواز وقوع تلك الأمور منه ، و مفهومه
أنه لو لم يكن كذلك جاز وقوعها ، وقد تقدم حكم طلاق الولي عن المجنون .
وأما السكران ونحوه من المغمى عليه وشارب المرق قد فظاهر الأصحاب
الاتفاق على عدم جواز طلاق الولي عنه ، لعدم الدليل على ذلك ، ولظهور الفرق
بأن لهؤلاء أمداً قريباً إلى الافاقة ورجوع العقل لهم ، فهم في حكم النائم بخلاف
المجنون المطبق بناءً على الغالب .

الثالث من الشروط المتقدمة الاختيار ، فلا يصح طلاق المكره كما لا يصح
شيء من تصرفاته ، وهو إجماعي كما نقله السيد السند في شرح النافع ، ويدل

(١) المصباح المنير ص ٥٣٦ .

(٢) تهذيب اللغة للأزهري ج ١ ص ١٣٩ وفيه «من غير مس جنون» .

(٣) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٨٧ .

عليه مضافاً إلى الاجماع المذكور جملة من الأخبار منها ما رواه في الكافي^(١) عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال : ليس طلاقه بطلاق ، ولا عتقه بعتق ، الحديث .

وعن يحيى بن عبدالله بن الحسن^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : لا يجوز طلاق في استكراه ولا يجوز يمين في قطيعة رحم - إلى أن قال : - وإثما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار .

و عن عبدالله بن سنان^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : لو أن رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان فقهره حتى يتخوف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء .

و ينبغي أن يعلم أن الاكراه الموجب لبطلان ما يترتب عليه من طلاق وغيره مشروط بامور :

(منها) قدرة المكره على ما توعدّه به لغلبة أو سلطان أو تغلب .
(ومنها) عجز المكره عن دفع ذلك عن نفسه، ولو بفرار أو استعانة بالغير .
(ومنها) أن يعلم أو يظن غالباً أنه لو لم يفعل ما يريده وامتنع من ذلك أو وقع به المكره .

(ومنها) أن يكون ما توعدّه به مضرّاً بالمكره في نفسه أو من يجري مجراها من والديه وولده و أقاربه من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو أخذ مال مضرّ به، ويختلف ما عدا القتل والجرح باختلاف طبقات الناس ومراتبهم، فربما كان قليل الشتم يضرّ بالوجيه صاحب الوقار ، والضرب لا يضرّ ببعض آخر ولا يبالي به ، وربما ضرّ أخذ عشرة دراهم ببعض لفقره، ولا يضرّ مائة دراهم أو

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٧ وفيه ولا يجوز طلاق في استكراه ولا يجوز عتق في استكراه، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ٢ .

أكثر بآخر لكثرة أمواله .

ومن الأصحاب من جعل المال مطلقاً من قبيل القتل والجرح، فجعل القليل والكثير منه محققاً للإكراه، وبه صرح شيخنا الشهيد الثاني في الروضة^(١) والأظهر ما ذكرناه، وهو الذي استظهره في المسالك، ومثله سبطه السيد السند في شرح النافع، ومجمل الكلام في المقام أنه يتحقق الإكراه بتوعده بما يكون مضراً به بحسب حاله في نفسه أو من يجري مجراه مع قدرة المتوعد على ما توعد به وحصول الظن بأنه يفعله لو لم يفعل .

فروع

الأول : قالوا : لو خير الزوج بين الطلاق ودفع مال غير مستحق وألزم أحد الأمرين فهو إكراه، بخلاف ما لو خير بينه وبين فعل يستحقه الأمر من دفع مال أو غيره .

أقول : يمكن الاستدلال على الثاني بما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض موالينا إلى أبي جعفر عليه السلام: إن معي امرأة عارفة أحدث زوجها فهرب عن البلاد فتبع الزوج بعض أهل المرأة، فقال : إنا طلقنا وإنا رددتك فطلقها ومضى الرجل على وجهه، فماترى للمرأة؟ فكتب بخطه: تزوجي برحمتك الله .

والتقريب فيه أن ما خيره فيه من الوجه الثاني - وهو رده للقيام بواجب الزوجة - أمر واجب عليه، والامام قد أمرها بالتزويج لصحة الطلاق .

(١) قال في الروضة: ولا فرق بين كون المتوعد به قتلاً وجرحاً وأخذ مال - وإن قل - وشتماً وضرباً وحبساً، ويستوي في الثلاثة الأول جميع الناس، أما الثلاثة الأخيرة فتختلف باختلاف الناس... الخ. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ٦١ ح ١١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ ح ٤.

وبالجملة فالخبر صريح في أن " نحو ذلك ليس بإجبار ، وليس الوجه فيه إلا ما ذكرناه .

وأما الحكم الأول فالظاهر أنه لا إشكال فيه أيضاً إلا أنه يجب تقييد المال بكونه مضرأ به كما تقدم ، ويمكن الاستدلال عليه بما رواه في الكافي^(١) عن منصور بن يونس في الموثق وقال : سألت العبد الصالح عليه السلام وهو بالعريض فقلت له : جعلت فداك إتي قد تزوجت امرأة وكانت تحبني فتزوجت عليها ابنة خالي وقد كان لي من المرأة ولد فرجعت إلى بغداد فطلقتها واحدة ثم راجعتها ، ثم طلقتها الثانية ثم راجعتها ، ثم خرجت من عندها أريد سفري هذا حتى إذا كنت بالكوفة أردت النظر إلى ابنة خالي ، فقالت اختي وخالتي : لا تنظر إليها والله أبداً حتى تطلق فلانة ، فقلت : ويحكم الله مالي إلى طلاقها من سبيل ، فقال لي : هو من شأنك ليس لك إلى طلاقها من سبيل ، فقلت : جعلت فداك إنه كانت لي منها ابنة وكانت ببغداد وكانت هذه بالكوفة وخرجت من عندها قبل ذلك بأربع ، فأبوا علي إلا تطليقها ثلاثاً ، ولوالله جعلت فداك ما أردت الله و ما أردت إلا أن اداريهم عن نفسي وقد امتلأ قلبي من ذلك جعلت فداك . فمكث طويلاً مطرقاً ، ثم رفع رأسه إليّ و هو متبسّم فقال : أما ما بينك وبين الله عز وجل فليس بشيء ، ولكن إذا قدموك إلى السلطان أبانها منك .

والتقريب فيه أن " مرجع المسألة إلى التخيير بين الطلاق وبين ما هو غير مستحق عليه شرعاً ، فإنه في هذه الحال يكون إكراهاً ، ومادل عليه الخبر من هذا القبيل ، فإن منعه من زوجته التي هي ابنة خاله أمر محرم كالمثال الذي ذكره من دفع مال غير مستحق بخلاف ما إذا كان مستحقاً عليه شرعاً ، فإنه ليس بإكراه كالرد المتقدم .

الثاني : لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً له قيل : يقع صحيحاً ، وهو اختيار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٢ ب ٣٨ ح ١ مع اختلاف يسير .

العلامة في التحرير ، وبه جزم شيخنا الشهيد الثاني في الروضة ، وفي المسالك أنه الأصح ، لحصول اللفظ و القصد ، ولأن القصد لا إكراه عليه ، فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه . و قيل بالبطلان إذ المفروض أنه لو لا الإكراه لما فعله ، وعقد المكره باطل بالنص والاجماع .

قال في شرح النافع - بعد نقل القولين - : وحجتيهما والمسألة محل إشكال ، وهو كذلك ، و يمكن تأييد القول الثاني بقوله ^(١) في رواية يحيى بن عبد الله ابن الحسن المتقدمة وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار ، فإنه وإن صدق على هذا الطلاق المفروض أنه أريد به الطلاق ، بمعنى أنه حصل القصد إليه ، لكنّه ناشئ عن الاستكراه و الإضرار ، فالقصد إليه مع كونه ناشئاً عن الإكراه غير مجدّ في صحته ، وكيف كان فالمسألة باقية في غشاوة الاشكال .

الثالث : قالوا : لو أكرهه على طلاق امرأته بعينها فطلق غيرها صح ، وكذا لو أكرهه على أن يطلق طليقة واحدة فطلق أزيد ، والوجه فيه أنه يشعر باختياره فيما أتى به ^(٢) إذ لم يتعلق الإكراه بذلك ، والظاهر أنه لا إشكال فيه . أما لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معيّنة ، فالذي اختاره السيد السند في شرح النافع وقبله جده في الروضة أنه إكراه ^(٣) و علّله في شرح النافع بأنه لا يمكن التخلص من الضرر المتوعدّ به بدون ذلك . قيل بأنه يقع الطلاق لأته مختار في تعيينها ، ولأنه لما عدل من الإبهام إلى التعيين فقد زاد على ما أكرهه

(١) وتوضيحه : أنا نمنع وقوع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدل على اختياره ، وأما إذا ظهر بأن خالف المكره وأتى بغير ما حمّله عليه فلا مانع لوقوع الطلاق ، لأن مخالفته له يشعر باختياره فيما أتى به ، وذكروا لذلك أمثلة منها ما ذكرناه في الأصل .

(منه - قدس سره -).

(٢) وعلّله في الروضة قال : والأقوى أنه إكراه ، إذ لا يتحقق فعل يقتضي أمره بدون أحدهما ، وهو يرجع إلى ما ذكره سبطه كما نقلناه في الأصل . (منه - رحمه الله -).

ج ٢٥ هل يعتبر في الحكم ببطلاق طلاق المكره عدم إمكان التورية؟ ١٦٣

عليه لأن "الاكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه ، و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زيادة. وقد تقرر في الاصول أن الأمر بالكلي ليس أمراً بجزئي معين. ورد "بأن متعلق الاكراه وإن كان كلياً لكنه يتأدى في ضمن طلاق كل واحدة بعينها، وطلاق واحدة غير معينة. فكل واحد من الافراد داخل في المكره عليه ، ومدلول عليه بالتضمن .

نعم لو صرح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمه بأن يقول : إحداهما طالق مثلاً فعدل عنه إلى طلاق معينة فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعينة لأنه غير المكره عليه جزماً .

وأنت خير بأنته بالنظر إلى هذه التعليقات فإن القول الأول هو الأقرب ، إذ هو الأربط بالقواعد و الأنسب ، إلا أنك قد عرفت في غير موضع مما تقدم ما في البناء على أمثال هذه التعليقات .

الرابع: قال في المسالك : لا يعتبر في الحكم ببطلاق طلاق المكره التورية ، وإن كان يحسنها عندنا ، لأن المقتضي لعدم وقوعه هو الاكراه الموجب لعدم القصد إليه ، فلا يختلف الحال بين التورية وعدمها ، ولكن ينبغي التورية للقادر عليها بأن ينوي بطلاق فاطمة المكره عليها غير زوجته ممن يشاركها في الاسم ، أو ينوي طلاقها من الوثاق ، أو يعلقه في نفسه بشرط ، ولو كان جاهلاً بها أو أصابه دهشة عند الاكراه - كسل السيف مثلاً - عذر إجماعاً ، انتهى .

و ربما كان في قوله « عندنا » إيماء إلى أنه عند المخالفين ليس كذلك ، فتعتبر التورية عندهم في بطلان العقد ، و يكون منشأ بطلانه ذلك ، ولأرب في ضعفه لما ذكره - رحمة الله عليه - .

الخامس: قال في الكتاب المتقدم ذكره أيضاً : يستثنى من الحكم ببطلاق فعل المكره ما إذا كان الاكراه بحق ، فإنه صحيح كإكراه الحربي على الاسلام والمرتد ، إذ لو لم يصح لما كان للاكراه عليه معنى ، وله موارد كثيرة ذكرناها

فيما سلف من هذا الكتاب، و العبارة الجامعة لها مع السابقة أن يقال: ما لا يلزمه في حال الطوعية لا يصح منه إذا أتى به مكرهاً. وما يلزمه في حال الطوعية يصح مع الإكراه عليه، ولا يخلو الحكم بإسلام الكافر مع إكراهه عليه من غموض من جهة المعنى، وإن كان الحكم به ثابتاً من فعل النبي ﷺ فما بعده، لأن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عما في الضمير منزلة الإقرار، والظاهر من حال المحمول عليه بالسيف أنه كاذب، لكن لعل الحكمة فيه أنه مع الانقياد ظاهراً وصحبة المسلمين والاطلاع على دينهم يحصل له التصديق القلبي تدريجاً، فيكون الإقرار اللساني سبباً في التصديق القلبي، انتهى.

أقول: لا ريب أن محل الإشكال عنده هنا إنما هو إسلام المنافقين المقربين بمجرد اللسان مع عدم التصديق القلبي، والأخبار قد دلت على أن فائدة هذا الإسلام إنما هو بالنسبة إلى الأمور الدنيوية من حقن الدم والمال والطهارة، وجواز المناكحة ونحو ذلك، وأما بالنسبة إلى الآخرة فإنهم من أهل النار والإكراه حينئذٍ إنما تعلق بإظهاره وإن كان كاذباً بحسب الواقع، وهذا مما لا غموض فيه، ويصير من قبيل الإكراه على الحقوق الواجبة كأداء الدين ونحوه، فإنه كما يجب على المديون أداء ما يلزمه شرعاً كذلك يجب على الكافر الانقياد بهذا الدين والدخول فيه، وإن كان الأول حقاً لغيره سبحانه، والثاني حقاً له جل شأنه.

بقي الكلام في أنه مع عدم تصديقه بالإسلام واعتقاده له وإذعانه به فالفائدة في مجرد إظهاره لأجل هذه الأمور الدنيوية قليل الجدوى.

والجواب عن ذلك أن الفائدة فيه (أولاً) إعراضه عن المنازعة والمقاومة بالحرب لهذا الدين وأهله، وهي من أهم الفوائد.

(وثانياً) ما ذكره شيخنا المذکور من رجاء دخوله في هذا الدين وتصديقه به، وتدل عليه الأخبار الواردة في تألف النبي ﷺ منافقي قريش بدفع

الزكوات لهم ، كما ورد في تفسير المؤلفة قلوبهم ، وقد تقدمت الأخبار بذلك في كتاب الزكاة ، وفي بعضها ، فأمر الله نبيه ﷺ أن يتألفهم بالمال والعتاء لكي يحسن إسلامهم ، و يشبتوا على دينهم الذي دخلوا فيه و أقروا به ، و إن كان أصحابنا لم يطلعوا على هذه الأخبار ، حيث فسروا المؤلفة في آية الزكاة بالتأليف للجهاد ، و مورد الأخبار المذكورة أنما هو التأليف للبقاء على دين الاسلام و التصديق به كما قدمنا تحقيقه في الكتاب المذكور .

السادس : قال في المسالك : لو تلفظ بالطلاق ثم قال كنت مكرهاً وأنكرت المرأة ، فإن كان هناك قرينة تدل على صدقه بأن كان مجبوساً أو في يد متغلب دلت القرينة على صدقه قبل قوله بيمينه ، وإلا فلا .

و لو طلق في المرض فقال كنت مغشياً عليّ أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلا ببيينة تقوم على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت ، لأن الأصل في تصرفات المسلم الصحة إلى أن يثبت خلافها ، و إنما عدلنا في دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن لظهورها و كثرة وقوعها ، و وضوح قرائنها بخلاف المرض ، انتهى .

أقول : ما ذكره من قبول قوله « بيمينه » في المسألة الأولى مع انضمام القرائن المذكورة إلى الدعوى مقطوع به في كلام الأصحاب ، واحتجوا عليه بأن القصد إلى العقد والرضا به شرط في صحة العقد . لكن لما لم يمكن الاطلاع على الرضا غالباً إلا باللفظ الدال عليه اكتفى الشارع به إذا لم تقم قرينة على عدم الرضا ، أما مع وجود القرينة الدالة على انتفائه فلا يكفي التعويل على دلالة اللفظ لانقضاء الدليل عليه ، والأصل عدمه . وأما ما ذكره في المسألة الثانية من عدم قبول قوله « إلا بالبيينة » فهو على إطلاقه محل نظر ، و ذلك لأنه إن طابق الظاهر فالأمر كما ذكره ، وإن ظهر من حال المريض اضطراب واختلاط كعدم انتظام كلامه وتغير أحواله ثم ادعى زوال العقل والحال كما فرضنا فإن الظاهر قبول قوله . لعين ما ذكر في المسألة الأولى - اعتماداً على القرائن في الموضوعين .

الرابع من الشروط المتقدمة القصد ، وهو لا يختص " بالطلاق بل يشترط القصد في صحة التصرفات اللفظية من الطلاق وغيره إجماعاً كما نقله بعضهم ، وتدل عليه من الأخبار الواردة في الطلاق رواية زرارة ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق .

ورواية هشام بن سالم ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق .

وفي رواية محمد بن مسلم ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال : لا يقع الطلاق بإكراه ولا إيجاب ولا على سكر ولا على غضب .

وقد تقدم في حديث يحيى بن عبد الله بن الحسن ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام : إنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار .

ورواية عبد الواحد بن مختار الأنصاري ^(٥) قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق .

ورواية السبع ^(٦) قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في حديث : ولو أن رجلاً طلق على سنة وعلى طهر من غير جماع وأشهد ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً .

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١١ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٥١ ح ٧٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١١ ح ٤ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢١ ح ٥ لكن الظاهر أن هذا كلام الصدوق لا من جزء الرواية .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣١ ب ٣٧ ح ٤ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٦٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٥١ ح ٨١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٥ ب ١١ ح ٢ وص ٢٨٦ ح ٥ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٦٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٥١ ح ٨٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٥ ب ١١ ح ٨١

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(١) : « ولا يقنع إلا على طهر من غير جماع بشاهدين عدلين مريداً للطلاق ، ومما يترتب على ذلك طلاق الساهي والنائم والغالط والهازل ، وحال الغضب الذي يرتفع معه القصد ، ومنه أيضاً الأعجمي الذي لقن الصيغة ولا يفهم معناها .

بقي الكلام في أنه لو ادعى المطلق عدم القصد ، فقيل : بأنه لا يقبل منه كما في سائر التصرفات القولية من بيع و نحوه ، لأن الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلى مدلول اللفظ الذي يتكلم به ، فإخباره بخلاف ذلك منافي للظاهر ، وهو ظاهر اختيار شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وسبغه في شرح النافع .

وأطلق جمع من الأصحاب منهم المحقق في الشرائع أن المطلق لو قال دلم أقصد الطلاق ، قبل منه ظاهراً ، و دين بنيته باطناً ، وإن تأخر تفسيره ما لم يخرج العدة ، لأنه إخبار عن نيته ، وظاهره أن العلة في قبول قوله هو كون ذلك إخباراً عن نيته ، إذ لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبله ، فكان قوله مقبولا كظائره من الأمور التي لا تعلم إلا من المخبر ، وهو جيد فيما إذا وقع ذلك في العدة الرجعية لأن ذلك بعد رجعة كإنكار الطلاق .

و إنما الاشكال في العدة البائنة ، فإن ظاهر كلامه أن العدة فيه أعم من الرجعية والبائنة ، ووجه الاشكال فيها أن الزوجية فيها زائلة بالكليّة ، فحكمها في ذلك حكم ما بعد العدة الرجعية ، فكيف يتم قبول قوله في هذه الحال؟ على أنك قد عرفت معارضة ما ذكره من العلة بما قدمنا ذكره في علة القول الأول من أن الظاهر من حال العاقل المختار... إلخ .

و لو قيل : إن الأصل مرجح عليه هنا ، للزم مثله في البيع و نحوه من العقود والايقاعات ، مع الاتفاق منهم على عدم قبول قبوله في عدم القصد فيها ،

(١) فقه الرضا ص ٢٤١ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٤ ب ١٠ ح ٦ .

واختصاص الطلاق بذلك مشكل .

قيل: وربما كان مستند حكمهم بذلك و تخصيص الطلاق بذلك موثقة منصور بن يونس^(١) المتقدمة من حيث دلالتها على أنه طلق امرأته و لم يكن له في طلاقها نيّة، وإنّما حمل عليه بعض أقاربه، فقال عليه السلام «ما بينك وبين الله فليس بشيء» وهو مشعر بقبول قوله، وفيه: إنّنا قد بينّا أنّ مورد الخبر المذكور إنّما هو الاكراه - بالتقريب الذي ذكرناه ذيلد - وجواب الامام عليه السلام له بذلك إنّما هو بناءً على ما نقله من القصة المتضمنة لاكراهه على الطلاق لا من حيث مجرد دعواه عدم القصد .

وبالجملة فالأظهر عدم القبول - كما هو القول الأول - إلّا مع قيام القرينة على صدقه، أو كونها في عدة رجعية فيجعل ذلك بمنزلة الرجعة، والظاهر أنّه لو صادفته المرأة على ذلك فهو كما ذكرنا أيضاً لكون الحقّ منحصرّاً فيهما، فيعاملان بما اتفقا عليه، ويرجع أمرهما في صدقهما و كذبهما إلى الله عزّ وجلّ.

تنبيهان

الأول: لاختلاف بين الأصحاب في جواز الوكالة في الطلاق الغائب، وإنّما الخلاف في الحاضر، فالمشهور الجواز، وذهب الشيخ وأتباعه إلى المنع. قال في النهاية: إذا وُكِّل الرجل غيره بأن يطلق عنه لم يقع طلاقه إذا كان حاضراً في البلد، فإن كان غائباً جاز توكيله في الطلاق. وتبعه ابن حمزة وابن البرّاج.

احتجّ الأصحاب على ما هو المشهور بينهم بأصالة صحّة الوكالة، وصحّة إيقاع الصيغة المشترطة في نظر الشارع، ووجود المقتضي وهو الصيغة، و انتفاع المعارض وهو اشتراط المباشرة، إذ لا تعلّق لغرض الشارع في إيقاع هذا الفعل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٧ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٢ ب ٣٨ ح ١.

من مباشر دون غيره ، و ما رواه سعيد الأعرج^(١) في الصحيح عن الصادق عليه السلام في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل ، فقال : اشهدوا إنني قد جعلت أمر فلانة إلى فلان فيطلقها ، أيجوز ذلك للرجل؟ قال : نعم ، قالوا : وترك الاستفصال في الحال يدل على عموم المقال .

وأنت خير بأن ظاهر هذا الخبر أن الوكالة فيه ليست على النهج المبحوث عنه ، فإن ظاهره إنما هو جعل الاختيار في الطلاق وعدمه إلى ذلك الرجل ، فإن شاء طلق وإن شاء لم يطلق إلا أن الرجل اختار الطلاق فطلق ، ومحل البحث إنما هو توكيل الغير في إيقاع صيغة الطلاق ، والذي يدل على الجواز هنا جملة من الأخبار منها :

ما رواه المشايخ الثلاثة^(٢) في الصحيح في بعضها عن ابن مسكان عن أبي هلال الرازي - والظاهر أنه مجهول - قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل وكل رجلاً بطلاق امرأته إذا حاضت وطهرت وخرج الرجل ، فبدا له ، فأشهد أنه قد أبطل ما كان أمره به ، وأنه قد بدا له في ذلك ، قال : فليعلم أهله والوكيل .
وما رواه في الكافي^(٣) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل جعل طلاق امرأته بيد رجلين فطلق أحدهما وأبى الآخر ، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجيز ذلك حتى يجتمعا جميعاً على الطلاق .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٩ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٣ ب ٣٩

ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٩ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٤٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٩ ح ٣٦ ،

الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٣ ب ٣٩ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٩ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٩ ح ٣٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٣ ب ٣٩

ح ٢ .

ومارواه الشيخ^(١) عن اليقطيني قال: بعث إلي أبو الحسن الرضا عليه السلام رزم ثياب وغلماناً ودنانير وحبّة لي وحبّة لأخي موسى بن عبيد وحبّة ليويس بن عبد الرحمن، فأمرنا أن نحجّ عنه، وكان بيننا مائة دينار أثلاثاً فيما بيننا، فلما أردت أن أنعبي الثياب رأيت في أضعاف الثياب طيناً، فقلت للرسول^(٢): ما هذا؟ فقال: ليس بوجه بمنازع إلا جعل فيه طيناً من قبر الحسين عليه السلام، ثم قال الرسول: قال أبو الحسن عليه السلام: هو أمان بإذن الله، وأمرنا بالمال بأمور من صلة أهل بيته و قوم محاريج لا مؤونة لهم، وأمر بدفع ثلاثمائة دينار إلى رحم امرأة كانت له، وأمر لي أن أطلقها عنه وامتنعها بهذا المال، وأمرني أن أشهد على طلاقها صفوان بن يحيى وآخر نسي محمد بن عيسى اسمه .

أما ما استدل به الشيخ وأتباعه على ما ذهبوا إليه فهو ما رواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تجوز الوكالة في الطلاق، قال في التهذيب - بعد نقل هذا الخبر -: وهذا الحديث لا ينافي الأخبار الواردة، لأننا نحمل هذا الخبر على الحال التي يكون الرجل فيها حاضراً غير غائب، فإنه متى كان الأمر على ما وصفناه لم يجز وكالته في الطلاق. والأخبار الواردة في تجويز الوكالة مختصة بحال الغيبة ولا تنافي بين الأخبار. وقال ابن سماعة: إن العمل على الذي ذكر فيه أنه لا يجوز الوكالة في الطلاق ولم يفصل، وينبغي أن يكون العمل على الأخبار كلها حسبما قدمناه، انتهى .

وقال في الكافي - بعد نقل الأخبار الدالة على الجواز -: وروي أنه لا يجوز الوكالة في الطلاق - ثم أورد خبر زرارة المذكور ثم قال -: وقال الحسن بن سماعة:

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٠ ح ٤٠، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٤ ب ٣٩ ح ٦.

(٢) يعني الذي بعثه الإمام الرضا عليه السلام.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٠ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٣٩ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٤ ب ٣٩ ح ٥.

وبهذا الحديث نأخذ .

أقول : وقد ظهر من ذلك أن في المسألة أقوالاً : القول المشهور وهو الجواز ، ومذهب الشيخ وأتباعه وهو التفصيل بين الحضور والغيبة ، ومذهب الحسن بن سماعه وهو المنع والتوقف في المسألة ، وهو ظاهر الكليني ، حيث نقل الرواية المخالفة لما ذكره أولاً ولم يجب عنها بشيء ، ويرد على ما ذهب إليه الشيخ أنه لا قرينة في الأخبار المذكورة تؤنس بهذا التفصيل ، وأكثر الأخبار مطلق ، وإن كان مورد بعضها الغيبة ، ويرد على ما ذكره ابن سماعه أن فيه طراحاً للأخبار الدالة على القول المشهور ، وهي أكثر عدداً وأوضح سنداً .

وبالجملة فظهور الخبر الأخير في المعارضة ممّا لا ينكر ، ولا يحضرني الآن محمل صحيح يحمل عليه ، قال في الوافي - بعد ذكر استبعاد حمل الشيخ - : ولو جاز تقييد الخبر بحال الحضور استناداً إلى ظهور بعض ما يخالفه في الغائب لجاز تقييده بالنساء في كلاً أمر الطلاق إليهن استناداً إلى ورود ما يوافقه فيهن كما يأتي في الباب الآتي من التخيير ، انتهى .

ومراده أنه لو صح حمل الشيخ - والحال أنه لا قرينة تؤنس به في هذه الأخبار إلا مجرد ورود بعض الأخبار في طلاق الغائب كذلك - لجاز أيضاً أن يحمل إطلاق هذا الخبر على ما دلّت عليه الأخبار الدالة على عدم جواز التخيير للنساء في الطلاق ، وأنه موكل لهن ، كما سيأتيك الأخبار به إن شاء الله قريباً ، ويأتي بيان الوجه فيها ، فيكون هذا الخبر من الأخبار الدالة على القول المشهور من أنه لا يجوز للنساء الوكالة في الطلاق بأن يتولين ذلك مباشرة أو وكالة .

وأنت خبير بما فيه من البعد كما في مذهب الشيخ ، وبالجملة فالمسألة عندي لا تخلو من نوع توقف ، والأنسب بقواعد الأصحاب كما هي قاعدتهم في جميع الأبواب هو حمل النهي في هذا الخبر على الكراهة ، لكن من قواعدهم أنهم لا يتركبون الجمع إلا مع التكافؤ في السند ، فاكثفوا هنا برد الخبر المذكور

لضعف سنده ، وأعرضوا عنه لذلك ، قال في المسالك : و على قول الشيخ يتحقق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق وإن كان في البلد .

أقول : فهم هذا المعنى من عبارة الشيخ التي قدمنا نقلها عنه لا يخلو من إشكال ، بل ظاهرها إنما هو الغيبة عن البلد لا عن مجلس الطلاق ، فإنه بعد أن صرح بأنه لم يقع طلاقه إذا كان حاضراً في البلد قال : وإن كان غائباً جاز ، المتبادر منه يعني غائباً عن البلد ، ومفهومه أنه متى كان حاضراً في البلد لم يجز . وحينئذ فإن كان ما ذكره - رحمه الله - مأخوذاً من كلام آخر غير هذه العبارة فيمكن صحة ما ادعاه ، وإن كان من هذه العبارة فالأمر كما ترى .

الثاني : المشهور بين الأصحاب أنه يجوز جعل الأمر إليها في طلاق نفسها وقال الشيخ في المبسوط : وإن أراد أن يجعل الأمر إليها فعندنا لا يجوز على الصحيح من المذهب ، وفي أصحابنا من أجازها .

قال في المختلف - في الاحتجاج لما اختاره من القول المشهور - : لنا أنه فعل يقبل النيابة ، والمحل " قابل فجاز كما وكّل غيرها من النساء أو توكلت في طلاق غيرها .

واحتج في المسالك بمادل على جواز النيابة فيه مطلقاً قال : وهو يشمل استنابتها كغيرها . ثم نقل عن الشيخ أنه استند في تخصيصها بالمنع إلى أن " القابل لا يكون فاعلاً ، وظاهر قوله ﷺ ^(١) والطلاق بيد من أخذ بالساق ، فإنه يقتضي عدم صحة التوكيل مطلقاً ، خرج عنه غير المرأة بدليل من خارج ، فبقى هي على أصل المنع . ثم رده فقال : ولا يخفى ضعف الدلالة ، فإن " المغايرة بين القابل والفاعل يكفي فيه الاعتبار ، وهما مختلفان بالحيثية ، والخبر مع تسليمه لا يفيد الحصر ، وعلى تقدير تسليم إفادته فما أخرج غيرها من الوكلاء عنه يخرجها لتناوله لها ، انتهى .

(١) الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٧ .

وعندى في المسألة نوع توقّف ، وإن كان القول المشهور لا يخلو من قوة بالنظر إلى هذه التعليقات ، إلا أن الاعتماد عندنا في الأحكام الشرعية إنما هو على النصوص ، والزوجية قد ثبتت وتحققت ، فرفعها ورفع ما يترتب عليها يتوقف على دليل واضح من النصوص :

وقال في الكفاية : ولو وكلها في طلاق نفسها ففي صحته قولان ، والأدلة من الجانبين محلّ البحث . انتهى ، وفيه إيدان بتوقفه في المسألة . ونحوه المحدث الكاشاني في المفاتيح حيث إنّه اقتصر على نقل القولين من غير ترجيح في البين ، وهذا في محله كما عرفت .

الركن الثاني : المطلقة ، ويشترط فيها أمور : الأول : أن تكون زوجة فلا أثر لطلاق الموطوءة بالملك ولا الأجنبية ، وكذا لو علق الطلاق بالتزويج بأن قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، أو كل من أتزوج فهي طالق ، والأصل في ذلك أن كلاً من النكاح والطلاق أحكام شرعية يتوقف ثبوتها والحكم بها على الأسباب والعلل المنوطة بها شرعاً فهي توقيفية ، والنكاح لما ثبت بما رسمه الشارع من الأسباب والشروط ، فرفعه ورفع ما يترتب عليه متوقف على ما ثبت من الشارع كونه رافعاً مزيلاً لحكمه . والذي علم من الشارع هو ورود الطلاق على الأزواج خاصة دون ملك اليمين والأجانب ، واستصحاب الحلّ فيهنّ باقٍ لارتفاع له شرعاً ، وإلحاقهنّ بحكم الزوجات قياساً لا يوافق أصول المذهب وبذلك صرحت الأخبار أيضاً .

ومنها ما رواه في الكافي ^(١) عن عبدالله بن سليمان عن أبيه قال : كنّا في المسجد ، فدخل علي بن الحسين عليه السلام ولم اثبته وعليه عمامة سوداء قد أرسل

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

طرفيها بين كتفيه^(١) فقلت لرجل قريب المجلس مني: من هذا الشيخ؟ فقال: مالك لم تسألني عن أحد دخل المسجد غير هذا الشيخ؟ فقلت: لم أر أحداً دخل المسجد أحسن هيئة في عيني من هذا الشيخ، فقال: إنه علي بن الحسين عليه السلام فقممت وقام الرجل وغيره فاكنتفناه وسلمنا عليه، فقال له الرجل: ماترى في رجل سمى امرأته بعينها وقال يوم يتزوجها هي طالق ثلاثاً ثم بدا له أن يتزوجها، أ يصلح له ذلك؟ فقال: إنما الطلاق بعد النكاح، قال عبدالله: فدخلت أنا وأبي على أبي عبدالله جعفر بن محمد عليه السلام فحدثته أبي بهذا الحديث، فقال له أبو عبدالله عليه السلام: أنت تشهد على علي بن الحسين عليه السلام بهذا الحديث؟ قال: نعم.

قال الكاشاني - في الوافي ذيل هذا الخبر -: أراد أبو عبدالله عليه السلام بهذا السؤال تسجيل الحكم عليه حيث إنه مخالف لمذاهب العامة وعملهم، وكان المخاطب منهم، ولعله ممن يحسن اعتقاده في علم علي بن الحسين عليه السلام، انتهى.

وعن سماعة^(٢) قال: سألت عن الرجل يقول يوم أتزوج فلانة فهي طالق، فقال: ليس بشيء، إنه لا يكون طلاق حتى يملك عقدة النكاح.

وعن محمد بن قيس^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق وإن اشتريت فلاناً فهو حر، وإن اشتريت هذا الثوب فهو في المساكين، فقال: ليس بشيء، لا يطلق إلا ما يملك، ولا يعتق إلا ما يملك، ولا يتصدق إلا بما يملك.

(١) أقول: في هذا الحديث دلالة على أن السنة في التعمم هو دون التحنك، كما اشتهر بين جملة من الأصحاب، فإنه ناش عن الغفلة عن ملاحظة الأخبار، ونحو هذا الخبر غيره كما تقدم في كتاب الصلاة من هذا الكتاب. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٨ ب ١٢ ح ٥.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٣ ح ٥ وليس فيه «ولا يعتق إلا ما يملك»، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

و ما رواه الصدوق ^(١) في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام وأنه سئل عن رجل قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت أمي فهي طالق ، فقال : لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك ، و رواه في المقتنع عن رسول الله صلى الله عليه وآله مرسلاً .

وعن النضر بن قرواش ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديثه قال : لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك .

وروى في كتاب قرب الأسناد ^(٣) عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه كان يقول : لا طلاق لمن لا ينكح ، ولا عتاق لمن لا يملك .

أقول : المراد بالنكاح في هذه الأخبار الثلاثة مع رواية عبد الله بن سليمان المتقدمة هو العقد لا الوطء ، وإلا لم يتم الحصر في الأولين ولا السلب في الآخرين ، ويؤيده ما تقدم في موثقة سماعة من قوله «عقد النكاح» وحينئذ في هذه الأخبار دلالة ظاهرة على تمام المدعى من عدم الطلاق بالمملوكة والأجنبية والمعلق طلاقها بالتزويج ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر لا ستره عليه .

وروى الفضل بن الحسن الطبرسي في كتاب مجمع البيان ^(٤) عن حبيب بن أبي ثابت قال : كنت عند علي بن الحسين عليه السلام فقال له رجل : إنني قلت يوم أتزوج فلانة فهي طالق ، فقال : اذهب فتزوجها ، فإن الله بدأ بالنكاح قبل الطلاق فقال : «إذا نكحتهم المؤمنات ثم طلقتموهن» ^(٥) .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢١ ذيل ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٦ ب ١٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٨ ص ١٦٩ ح ٢٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٧ ب ١٢ ح ٤ .

(٣) قرب الإسناد ص ٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٨ ب ١٢ ح ٧ .

(٤) مجمع البيان ج ٨ ص ٣٦٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٩ ب ١٢ ح ١٣ .

(٥) سورة الأحزاب - آية ٤٩ .

أقول : وهذا الخبر أيضاً ظاهر فيما قلناه .

وبالجملة فالحكم المذكور اتفاقاً نصّاً وفتوى فلا إشكال ، وإنما خالف في ذلك العامة ، فحكم بعضهم بوقوعه على الأجنبية مطلقاً ، وبعضهم بوقوعه إذا علّقه بتزويجها ، بمعنى احتساب ذلك من الطلاقات الثلاث المحرمة على تقدير تزويجها . وضعف الجميع بما ذكرنا من الأخبار ظاهر .

الثاني : أن يكون العقد دائماً ، فلا يقع الطلاق بالأمة المحللة ولا المتمتع بها ولو كانت حرة ، والحكم هنا أيضاً موضع وفاق كما نقله في المسالك ، قال : ولأن التحليل نوع إباحة ، فمتى شاء الزوج تركها بغير طلاق فلا حاجة إليه ، والمتمتع بهاتين باقتضاء المدة ويسقطه لها كما مر ، وقد روى محمد بن إسماعيل^(١) في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال : قلت : وتبين بغير طلاق؟ قال : نعم ، والاعتماد على الاتفاق ، وإلا فتعدد الأسباب ممكن ، انتهى .

أقول : ومما يدل على عدم وقوع الطلاق بالمحللة الأخبار الأربعة المتقدمة الدالة على أن الطلاق إنما هو بعد النكاح والنكاح كما عرفت عبارة عن العقد وهو قسيم للتحليل ، فلا يدخل فيه .

ومما يدل على عدم وقوعه بالمتمتع الصحيحة التي ذكرها ، وما رواه في الكافي^(٢) عن هشام بن سالم قال : قلت : كيف يتزوج المتعة؟ قال : تقول يا أمة الله أتزوجك كذا وكذا يوماً ، فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها .
وأما قوله « والاعتماد على الاتفاق ، وإلا فتعدد الأسباب ممكن ، ففيه أنه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ب ٢٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ب ١٨ ح ٣ وفيهما « بكذا وكذا درهماً وكذلك في آخر الرواية « ولا عدة لها عليك » .

ج ٢٥ في الأخبار الدالة على عدم صحة الطلاق في طهر واقعها فيه ١٧٧

وإن كان تعددها ممكناً إلا أن ذلك فرع ثبوت السببية، وحيث لم يثبت هنا سببية الطلاق فالأصل عدمها لما تقدم من أن الأحكام المذكورة توقيفية، فلا يحتاج إلى الاتفاق، وفي معنى ما ذكرنا من الأخبار أخبار آخر لا ضرورة ليرادها مع عدم المخالف.

الثالث: أن يطلقها في طهر لم يقربها فيه - بمعنى أن تكون مستترابه - فلو طلقها في طهر ومستها فيه لم يقع طلاق، ويستثنى من ذلك اليائسة والصغيرة والحامل والمستترابه على تفصيل يأتي ذكره إن شاء الله.

وأما ما يدل على الحكم الأول - أعني عدم صحة الطلاق في طهر واقعها فيه - فاتفق الأصحاب وإجماعهم على ذلك أولاً. وثانياً الأخبار المستفيضة بل قيل إنهما ربما بلغت حد التواتر.

ومنها ما رواه الشيخ^(١) في الصحيح عن عمر بن اذينة عن زرارة وبكير ابني أعين ويحيى بن مسلم وبريد بن معاوية العجلي والفضيل بن يسار وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى بن بسام كلهم سمعوه من أبي جعفر عليه السلام ومن ابنه بعد أبيه عليه السلام بصورة ما قالوا وإن لم أحفظ حروفه غير أنه لم يسقط جمل معناه: إن الطلاق الذي أمر الله به في كتابه وسنة نبيه ﷺ أنه إذا حاضت المرأة وطهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه - الحديث.

ومارواه في الكافي^(٢) بالسند المذكور عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام وأنتهما قالا: إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعدما يمستها فليس طلاقه إياها بطلاق. ومارواه في الكافي^(٣) عن ابن اذينة في الصحيح عن بكير وغيره عن أبي جعفر

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٨ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥١ ح ٧ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٤٧ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٧ ح ٨.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦١ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ٤٨ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٩ ح ٨.

«يُطْلَقُ» قَالَ : كُلُّ طَلَقٍ لغير العدة فليس بطلاق ، أَنْ يُطْلَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ أَوْ فِي دَمِ نَفْسِهَا أَوْ بَعْدَ مَا يَغْشَاهَا قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ ، فَلَيْسَ طَلَقَهَا بِطَلَقٍ ، الْحَدِيثُ . إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْأَخْبَارِ كَمَا تَقَدَّمَتِ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ .

وَأَمَّا مَا يَدُلُّ عَلَى الثَّانِي - وَهُوَ اسْتِثْنَاءُ الْيَأْسَةِ وَمَا بَعْدَهَا بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى الْحَكْمِ الْمَذْكُورِ - فَجُمْلَةٌ مِنَ الْأَخْبَارِ :

وَمِنْهَا مَارَوَاهُ فِي الْكَافِي^(١) عَنْ الْحَلْبِيِّ فِي الصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ «يُطْلَقُ» قَالَ : لَا بَأْسَ بِطَلَقِ خَمْسٍ عَلَى كُلِّ حَالٍ : الْغَائِبِ عَنْهَا زَوْجَهَا ، وَالتِّي لَمْ تَحْضَ ، وَالتِّي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَالتِّي قَدِ بَيَّسَتْ .

وَمَارَوَاهُ الْمَشَائِخُ الثَّلَاثَةُ^(٢) عَنْ إِسْمَاعِيلَ بْنِ جَابِرٍ الْجَعْفِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ «يُطْلَقُ» قَالَ : خَمْسٌ يُطْلَقُهُنَّ الرَّجُلُ عَلَى كُلِّ حَالٍ : الْحَامِلِ الْمُتَبَيِّنُ حَمْلَهَا ، وَالْغَائِبِ عَنْهَا زَوْجَهَا ، وَالتِّي لَمْ تَحْضَ ، وَالتِّي قَدِ بَيَّسَتْ مِنَ الْمُحِيضِ ، وَالتِّي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا . وَمَارَوَاهُ الشَّيْخُ^(٣) فِي الصَّحِيحِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَزُرَّارَةَ وَغَيْرِهِمَا عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ «يُطْلَقُ» قَالَ : خَمْسٌ يُطْلَقُهُنَّ أَزْوَاجُهُنَّ مَتَى شَاءُوا ، الْحَامِلِ الْمُسْتَبِينِ حَمْلَهَا ، وَالتَّجَارِيَةِ الَّتِي لَمْ تَحْضَ ، وَالْمَرْأَةَ الَّتِي قَعَدَتْ مِنَ الْمُحِيضِ ، وَالْغَائِبِ عَنْهَا زَوْجَهَا ، وَالتِّي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا .

وَمَارَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي الْخَصَالِ^(٤) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَثْمَانَ فِي الصَّحِيحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ «يُطْلَقُ» قَالَ : خَمْسٌ يُطْلَقْنَ عَلَى كُلِّ حَالٍ : الْحَامِلِ ، وَالتِّي قَدِ بَيَّسَتْ مِنَ الْمُحِيضِ ، وَالتِّي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَالْغَائِبِ عَنْهَا زَوْجَهَا ، وَالتِّي لَمْ تَبْلُغِ الْمُحِيضَ .

(١) الْكَافِي ج ٦ ص ٧٩ ح ٢ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٣٠٦ ب ٢٥ ح ٣ .

(٢) الْكَافِي ج ٦ ص ٧٩ ح ٣ ، الْفَقِيه ج ٣ ص ٣٣٤ ح ١ ، التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ٦١ ح ١١٧ وَص ٧٠ ح ١٥٠ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٣٠٥ ب ٢٥ ح ١ .

(٣) التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ٧٠ ح ١٤٩ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٣٠٦ ب ٢٥ ح ٤ .

(٤) الْخَصَالُ ج ١ ص ٣٠٣ ح ٨١ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٣٠٦ ب ٢٥ ح ٥ .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المذکور في كلام الأصحاب عد الصغيرة في جملة من استثنى من الحكم المتقدم ، و المذکور في الأخبار عدا رواية الخصال كما عرفت إنما هو التي لم تحض ، وليس فيها تعرض لذكر الصغيرة ، و الظاهر أن الشيخ ومن تأخر عنه من الأصحاب فهموا من هذا اللفظ الكناية عن الصغيرة فجعلوها من جملة الخمس ، و لم يذكروا التي لم تحض ، قال الشيخ في النهاية بعد عد الصغيرة : والمراد بالصغيرة من نقص سنّها عن تسع سنين ، قال : ومن كان لها تسع سنين فصاعداً ، ولم تكن حاضت بعد وأراد طلاقها فليصبر عليها ثلاثة أشهر ، ثم يطلقها بعد ذلك .

واعترضه في شرح النافع فقال : وعندى في التخصيص نظر ، ولا يبعد أن يكون المراد بمن لم تحض التي لم تحض مثلها عادة وإن زاد سنّها عن التسع ، ومراده - رحمه الله - أن تفسيره من لم تحض الوارد في الأخبار بالصغيرة خاصة محل نظر ، بل الأولى في تفسيره هو الحمل على ما هو أعم ، وهي التي لم تحض مثلها عادة ، سواء كان لنقص سنّها عن التسع أو لم يكن ، فيكون أعم من الصغيرة والمستراية .

ولقائل أن يقول : إن رواية الخصال قد تضمنت على التي لم تبلغ المحيض وهي عبارة ، عن الصغيرة ، وحينئذ فيحمل عليها إطلاق الأخبار الباقية ، و به يظهر صحة ما ذكره الأصحاب من عد الصغيرة في هذا الباب ويزول ما ذكره السيّد المذکور من الإيراد .

وكيف كان فإنّهم عدوا المستراية في جملة من استثنى بشرط مضي ثلاثة أشهر ، وهي عندهم من كانت في سن من تحيض وهي لا تحيض ، سواء كان عدم حيضها لعارض من رضاع أو مرض أو يكون خلقياً ، قالوا : وإطلاق المستراية عليها مجرد اصطلاح ، وإلا فقد يحصل مع انقطاع الحيض استراية الحمل وقد

لا يحصل، إلا أنه لابد في طلاقها من مضي "ثلاثة أشهر ولا يقع قبلها وهو مقطوع به^(١) في كلامهم بل الظاهر أنه موضع وفاق .

وبدل عليه مارواه ثقة الاسلام^(٢) في الصحيح عن دواد بن أبي يزيد العطار عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المرأة يستراب بها ، ومثلها تحمل ومثلها لا تحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها ، كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال : فليمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها .

وما رواه الشيخ^(٣) في الصحيح عن إسماعيل بن سعد الأشعري قال : سألت الرضا عليه السلام عن المسترابة من المحيض كيف تطلق؟ قال : تطلق بالشهور والظاهر أن المراد بالشهور الأشهر الثلاثة .

ورويته مارواه في الكافي^(٤) عن الحسن بن علي بن كيسان قال : كتبت إلى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامة ، وأراد أن يطلقها ، وقد كتمت حيضها وطهرها مخافة الطلاق ، فكتب عليه السلام : يعتزلها ثلاثة أشهر ثم يطلقها .

الرابع: أن يعين المطلقة ، على خلاف في ذلك ، وتوضيح ذلك : إنه قد اختلف الأصحاب في أنه لو كان له أكثر من زوجة فقال : إحداكن طالق ،

(١) قال المحقق - قدس سره - في الشرائع بعد ذكر الشرط المذكور: ويسقط اعتبار ذلك في الياسة ، وفيما لم تبلغ المحيض . وفي الحامل والمسترابة بشرط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر لم ترداً معتزلاً لها ، ولو طلق المسترابة قبل مضي ثلاثة أشهر من حين الواقعة لم يقع الطلاق ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٧ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٩ ح ١٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٥ ب ٤٠ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٦٨ ح ١٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٤ ب ٤ ح ١٧ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١١ ب ٢٨ ح ٢ .

أو إحدى زوجاتي طالق ، فالمشهور أنه باطل لوجوب التعيين ، وهو مذهب الشيخ المفيد و السيد المرتضى و ابن إدريس والشيخ في أحد قولي و المحقق في أحدهما ، و العلامة في أحدهما و كذا الشهيد في أحدهما وهو اختيار السيد السند في شرح النافع ، وهو الأظهر لما قدمنا ذكره سابقاً من أن النكاح والطلاق أمور توقيفية يجب الوقوف فيها على مارسمة الشارع صحةً وبطلاناً ، ولاريب أن النكاح عصمة مستفادة من الشرع فلا بد في زواله من سبب شرعي قد علم من الشارع ، والقدر المعلوم إجماعاً ونصاً كما هو المفهوم من أخبار أهل البيت عليهم السلام هو المعين ، فمن ادعى سببية غيره فعليه الدليل ، وليس له إلى ذلك سبيل . وقال الشيخ في المبسوط : إنه يصح . واختاره ابن البراء و تبعهما المحقق و العلامة و الشهيد في أقوالهم الآخر ، واحتجوا بأصالة عدم الاشتراط ، و عموم مشروعية الطلاق .

ويرد على الأول ما أشرنا إليه من أن الطلاق من الأمور التوقيفية ، لا مدخل للأصل فيها ، بل المدار فيه على وجود السبب الذي جعله الشارع لذلك ، وحيث لم يوجد فلا يمكن الحكم به .

وعلى الثاني منع العموم على وجه يتناول ما ذكره ، بل منع كون ذلك طلاقاً ، ولهم بناء على هذا القول تفرعات قد اختلفت فيها أنظارهم واضطربت فيها أفكارهم .

منها أنه متى طلق ولم يعين فهل يستخرج المطلقة بالقرعة أو يرجع في ذلك إلى تعيينه ؟ قولان : اختار أولهما المحقق في الشرائع ، وثانيهما العلامة في القواعد .

و منها أنه على القولين المذكورين ، فهل يحكم بوقوع الطلاق من حين اللفظ أو من حين التعيين ؟ قولان آخران : اختار أولهما الشيخ في المبسوط ، وثانيهما العلامة في القواعد والتحرير ، ويتفرع على ذلك العدة ، فعلى الأول تعتد من حين

اللفظ، وعلى الثاني من حين التعيين . إلى غير ذلك من التفريعات والمباحث الطويلة المتفرعة على هذا القول، وحيث قد عرفت أنه لا دليل على القول المذكور فلا ضرورة إلى التشاغل بما يتفرع عليه .

الخامس : أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس شرط أن تكون مدخولاً بها وزوجها حاضراً، فلو طلقها في حال الحيض والنفاس مع عدم الأمرين المذكورين فلا خلاف في عدم وقوعه طلاقاً، وبه تظاهرت الأخبار .

فروى الشيخ ^(١) في الصحيح عن محمد الحلبي « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يطلق امرأته وهي حائض ؟ قال : الطلاق على غير السنة باطل . »

وقد تقدم في صحيحة عمر بن أذينة ^(٢) الثانية عن الجماعة المتقدم ذكرهم إذ أطلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمستها فليس طلاقاً لإيائها بطلاق .

ومارواه في الكافي ^(٣) عن الحلبي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهي حائض، فقال : الطلاق بغير السنة باطل . »

وقد تقدم أيضاً في رواية ابن أذينة في الصحيح عن بكير ^(٤) وغيره ما يدل على ذلك، إلى غير ذلك من الأخبار .

وأما ما يدل على صحة طلاق الحائض غير المدخول بها والغائب عنها زوجها فهو ما تقدم من الأخبار الدالة على أن خمساً يطلقن على كل حال، وعدن منهن

(١) الكافي ج ٦ ص ٥٨ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٤٧ ح ٦٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٧ ب ٣ ح .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ٤٧ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٧ ب ٥ ح .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٥٨ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٤٧ ح ٦٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٧ ب ٢ ح .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٧، التهذيب ج ٨ ص ٤٧ ح ٦٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧٩ ب ٩ ح .

التي لم يدخل بها والغائب عنها زوجها .

وبالجملة فالحكم المذكور ممّا لا خلاف فيه ولا إشكال ، وإتّما محلّ البحث والاشكال الذي طال فيه النزاع والجدال وكثر فيه القيل والقال قدر الغيبة الموجبة لجواز الطلاق في المحيض ، وتفصيل الكلام في المقام أن يقال :
لا خلاف نصّاً وفتوى في جواز طلاق الحائض إذا كان الزوج غائباً في الجملة فلو أراد أن يطلق زوجته وقد خرج عنها في طهر جامعها فيه ، فهل يكفي في الجواز مجرد الغيبة؟ أم لابدّ من أمر آخر وترتّب مدة معينة؟
وها أنا أنقل ما وصل إلي من الأقوال والأخبار صحيحها وضعيفها بناءً على ما هو المختار ، فأقول :

قد ذهب الشيخ المفيد^(١) وسائر والشيخ علي بن الحسين بن بابويه وابن أبي عقيل وغيرهم إلى جواز طلاق الغائب إذا كانت بحيث لا يمكنه استعمال حالها من غير ترتّب ، ودعى ابن أبي عقيل تواتر الأخبار بذلك .

وقال الصدوق في الفقيه^(٢) : وإذا أراد الغائب أن يطلق امرأته ، فحدّ غيبته التي إذا غابها كان له أن يطلق متى شاء ، أقصاه خمسة أشهر أو ستة أشهر ،

(١) أقول : قال الشيخ المفيد - قلنس سره - : ومن كان غائباً عن زوجته فليس يحتاج في طلاقها إلى ما يحتاج إليه الحاضر من الاستبراء ، لكنه لا بد له من الإشهاد ، فإذا أشهد رجلين من المسلمين على طلاقه لها وقع بها الطلاق إن كانت طاهراً وحائضاً وعلى كل حال .

وقال الشيخ علي بن الحسين بن بابويه : واعلم يا بني أن خمساً يطلقن على كل حال ولا يحتاج الرجل أن ينتظر طهرهن . وعد الخمس المذكورات في الأخبار .
وقال ابن أبي عقيل : وقد تواترت الأخبار عن الصادقين عليهم السلام أن خمساً يطلقن على كل حال إذا شاء أزواجهن أي وقت شاءوا وهي التي قد يثبت من المحيض . ثم ساق باقي الأفراد كما ورد في تلك الأخبار ، ولم يقدر مدة الغيبة بقدر معين .
(منه - قلنس سره -)

(٢) ألفقيه ج ٣ ص ٣٢٥ ذيل ح ١ .

وأوسطه ثلاثة أشهر ، وأدناه شهر .

وقال الشيخ في النهاية : ومتى لم يكن دخل بالمرأة و طَلَّقَهَا وقع الطلاق وإن كانت حائضاً ، وكذلك إن كان غائباً شهراً فصاعداً وقع طلاقه إذا طَلَّقَهَا وإن كانت حائضاً - وقال في موضع آخر منها : - إذا خرج إلى السفر وقد كانت طاهراً طهراً لم يقربها فيه بجماع جاز له أن يطلقها أي وقت شاء ، ومتى كانت طاهراً طهراً قد قربها فيه بجماع فلا يطلقها حتى يمضي ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر ، ثم يطلقها بعد ذلك أي وقت شاء .

وكلامه الأول يرجع إلى ما ذكره الصدوق في الفقيه ، وبه صرح ابن حمزة أيضاً ، فقد مدد الترتيب بشهر فصاعداً .

وبما ذكره من الكلام الثاني صرح ابن البراج^(١) وقال ابن الجنيدي : والغائب لا يطلق حتى يعلم أن المرأة بريئة من الحمل أو هي حامل ، فإن علم ذلك فأوقع الطلاق على شرائطه وقع ، ثم قال : وينتظر الغائب بزوجه من آخر جماع أوقعه ثلاثة أشهر إذا كانت ممّتن تحمّل ، وإن كانت آيسة أولم تبلغ إلى حال الحمل طَلَّقَهَا إذا شاء وهو ظاهر في تقدير مدة الترتيب بثلاثة أشهر وعلم برأه رجمها من الحمل . واختار هذا القول العلامة في المختلف ، وذهب الشيخ في الاستبصار وابن إدريس والعلامة في أكثر كتبه ، والمحقق وهو المشهور بين المتأخرين إلى اعتبار مضي مدة يعلم انتقالها من الطهر الذي واقعها فيه إلى آخر بحسب عاداتها ، ولا يتقدر بمدة مخصوصة .

والأصل في اختلاف هذه الأقوال اختلاف الأخبار الواردة عن الأئمة عليهم السلام ومنها ما تقدم في الشرط الثالث من الأخبار الدالة على أن خمساً يطلقن على

(١) فقال : إن كان لما خرج كانت طاهرة طهراً لم يقربها فيه بجماع طلقها أي وقت أراد وإن كانت طاهراً طهراً قد قربها فيه بجماع فلا يطلقها حتى تمضي لها ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر ويطلقها بعد ذلك أي وقت أراد ، انتهى . (منه - رحمة الله عليه -).

كل " حال ^(١)

و الظاهر أنه بإطلاق هذه الأخبار أخذ الشيخ المفيد و من تبعه من المشايخ المتقدم ذكرهم كما هو صريح عبارتي ابن أبي عقيل و الشيخ علي بن بابويه .
و نحو هذه الأخبار أيضاً ما رواه في الكافي ^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب ؟ قال : يجوز طلاقه على كل " حال ، و تعتد امرأته من يوم طلقها .
و ما رواه في التهذيب ^(٣) في الرجل يطلق امرأته و هو غائب، فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامناً ، قال : يجوز .

و قال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٤) : « و اعلم أن خمساً يطلقن على كل " حال ، ولا يحتاج أن ينتظر طهرهن » : الحامل و الغائب عنها زوجها و التي لم يدخل بها و التي لم تبلغ الحيض و التي قد نُسِت من الحيض .
أقول : و بهذه العبارة عبّر الشيخ علي بن الحسين بن بابويه في رسالته إلى ابنه كما تقدمت الإشارة إليه فقال - على ما نقله في الفقيه - : و اعلم يا بني أن خمساً يطلقن على كل " حال ، و لا يحتاج الرجل أن ينتظر طهرهن . ثم عدّ هؤلاء المذكورات، وهو مؤيد لما قد تقدم ذكره في غير مقام من إقتائه بعبارات الكتاب المذكور .

و منها ما رواه في الكافي ^(٥) في الموثق عن إسحاق عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٩ ح ١ و ٢ و ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٥

٣٠٦ ب ٢٥ ح ١ و ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٠ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٦ .

(٤) فقه الرضا ص ٢٤٤ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٦٩ ب ١٩ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٥) الكافي ج ٦ ص ٨٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ ح ٣ .

« قال : الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهراً » .

و عن حميد عن ابن سماعة ^(١) « قال : سألت محمد بن أبي حمزة : متى يطلق الغائب ؟ قال : حدثني إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله أو أبي الحسن عليهما السلام قال : إذا مضى له شهر » .

ومارواه الشيخ ^(٢) في الصحيح عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثة أشهر . ومارواه في الفقيه والتهذيب ^(٣) عن إسحاق بن عمار في الموثق « قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الغائب الذي يطلق كم غيبته ؟ قال : خمسة أشهر أو ستة أشهر ، قلت : حدّ دون ذا ؟ قال : ثلاثة أشهر » .

ومارواه في الكافي ^(٤) عن بكير في الحسن « قال : أشهد على أبي جعفر عليه السلام أنني سمعته أنه يقول : الغائب يطلق بالأهلة والشهور » .

وجمع الشيخ بين هذه الأخبار المختلفة في مدة الترتبص بحملها على اختلاف عادات النساء في الحيض ، وعلم الزوج بحال زوجته في ذلك فقال : فمن يعلم من حال زوجته أنها تحيض في كل شهر يجوز له أن يطلقها بعد انقضاء الشهر ، ومن يعلم أنها لا تحيض إلا في كل ثلاثة أشهر لم يجز له أن يطلقها إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر ، وكذلك من تحيض في كل ستة أشهر ، وحينئذ فالمرأى في جواز ذلك مضي حيضة وانتقالها إلى طهر لم يقربها فيه بجماع . واقتفاء

(١) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٧ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٨ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٧٩ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٣ ح ١٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٧ ب ٢٦ ح ٢ .

في هذا أكثر المتأخرين .

قال المحقق الشيخ علي - رحمه الله عليه - : وهو الذي يقتضيه النظر الصحيح والوقوف مع القوانين الاصولية ، لأن الأخبار الدالة على وجوب التبرص مدة ليصح الطلاق لا يجوز إجراؤها على ظاهرها من الاختلاف والتنافي ، ولا إطراح بعضها ، فلم يبق إلا الجمع بينها بالحمل على أن المراد مراعاة زمان يعلم الزوج الغائب حصول الحيض بعد طهر الجماع ، والانتقال عنه إلى الطهر ، وأن الاختلاف ينزل على اختلاف عادة النساء في حصول الحيض باعتبار شهر أو ثلاثة أشهر أو خمسة أو ستة ، فقد اشتركت أخبار التبرص في أن الانتقال من طهر إلى طهر آخر شرط في صحة الطلاق من الغائب ولو ظناً مستفاداً من عادة المرأة إن كانت معلومة ، وإلا فمن غالب عادات النساء . ودلت رواية أبي بصير^(١) على أنه لو طلقها وعلم يوم طلقها أنها كانت طامئاً يجوز الطلاق . ولا ريب أن ما اشتركت فيه هذه الأخبار مخصص لعموم الخبرين الدالين على جواز تطليق زوجة الغائب على كل حال ، انتهى كلامه .

أقول : لا ريب أن تلك الأخبار المطلقة التي دلت على مذهب الشيخ المفيد و من تبعه من أولئك الفضلاء دالة على جواز الطلاق على كل حال ، والأخبار الدالة على التبرص بالنظر إلى القاعدة الاصولية يجب أن تكون مخصصة لها ، لكن الأشكال في هذه الأخبار الدالة على التبرص من حيث اختلافها ، فإن التخصيص بها يتوقف على جمعها على وجه يرفع الاختلاف بينها . والجمع بينها بما ذكره من اختلاف عادات النساء بناءً على الغائب بعيد جداً ، فإنه وإن قرب في رواية الشهر إلا أنه بعيد في رواية الثلاثة الأشهر ، وأبعد منه في رواية الخمسة والستة الأشهر ، فإن الغالب في هذا المقدار ممنوعة أشد المنع ، بل هو مخالف للغالب ، على أن تلك الأخبار ليس فيها سؤال عن واقعة مخصوصة حتى تنزيلها على كون المرأة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٦ .

معتادة بتلك العادة، وإثماً وقع السؤال في كل "خبر منها عن مطلق النساء ومطلق الغائب، فكأنه بمنزلة القاعدة الكلية^(١) والضابطة الجلية لا اختصاص له بفرد دون فرد.

وبالجملة فإن "تخصيص إطلاق تلك الأخبار بأخبار التبرّص مع اختلافها غير تام، فلا بد من جمعها على وجه تلتئم به، وهذا الوجه الذي ذكره قد عرفت ما فيه.

نعم يتّجه عند من يعمل بهذا الاصطلاح المحدث ترجيح روايات الثلاثة الأشهر لصحة بعضها، فيخصّص بها هذا الإطلاق، ولهذا قال السيّد في شرح النافع حيث إنّه من أرباب هذا الاصطلاح - مالفظه: والذي يقتضيه الجمع بين الأخبار الصحيحة بعد طرح غيرها اعتبار الثلاثة الأشهر حملاً لما اطلق فيه من الأخبار جواز طلاق الغائب على هذا المقيّد، ويعضده أن "الغالب من حال الغائب وزوجته أن يكون حالها مجهول عنده فتكون كالمستراية التي يجب التبرّص بها ثلاثة أشهر ومع ذلك فما ذهب إليه شيخنا المفيد - قدس سره - ومن تبعه من عدم اعتبار التبرّص غير بعيد عن الصواب حملاً لما تضمن ذلك على الأفضلية، إذ من المستبعد جداً إطلاق صحة طلاق الغائب على كل حال في الأخبار الصحيحة للوارد في مقام البيان مع أنّها مشروطة بأمر آخر غير مذكور، وفي موثقة إسحاق بن عمار إشعار بذلك أيضاً، والمسألة محل تردد، ولا ريب أن اعتبار الثلاثة أشهر كما تضمنته صحيحة جميل بن درّاج أولى وأحوط، انتهى.

أقول: ومرجع كلامه هنا في توجيه كلام الشيخ المفيد إلى وجه آخر في الجمع بين المطلق والمقيّد، وهو العمل بالمطلق على إطلاقه، وحمل المقيّد على

(١) وذلك فإن اللام فيها لام التحلية، وهو للعموم في المقامات الخطائية، كقولهم (إذا بلغ الماء قدر كرم لم ينجه شيء) وهكذا في الإضافة أيضاً، وحيث لا يكون ذلك بمنزلة القاعدة الكلية كما ذكره في حديث إذا بلغ الماء كراً. (منه - قدس سره).

الاستحباب، المنع في كلامهم إنما هو من الحمل على القاعدة الأصولية من حمل المطلق على المقيّد، وبعض الأخبار يشير إليه ويعضده، وما ذكره من الاستبعاد غير جيّد، فإن نظيره في الأحكام غير عزيز بل شائع كثير، وما ذهب إليه الشيخ في الاستبصار ومن تبعه ممن تقدم ذكره جيّد، إلا أن الكلام في تطبيق أخبار التربص عليه، فإن فيه ما عرفته من أن مبنى كلامه إلى أن اختلاف الأخبار مبني على اختلاف عادات النساء، فمن كانت عاداتها في الشهر مرة لا يجوز طلاقها إلا بعد شهر، ومن كانت في كل ثلاثة أشهر فلا يجوز إلا بعد الثلاثة، وهكذا وقد تقدم ما فيه.

و بالجملة فالمسألة محل إشكال، ولا يحضرنى الآن مذهب العامة في المسألة فلعل أخبار التربص إنما خرجت مخرج التقيّة، أو اختلافها إنما كان من حيث ذلك.

بقي في المقام مسائل

الاولى: إذا قلنا بوجوب التربص مدة فطلق الغائب زوجته، فلا يخلو إما أن يطلق بعدمضي المدة المعتبرة أو قبلها، وعلى كل من التقديرين المذكورين إما أن يوافق فعله كونها جامعة لشرائطه في الواقع، بأن تكون قد حاضت بعد طهر المواقعة فوق الطلاق حال الطهر، أو لا يوافق، بأن تبين وقوعه في طهر المواقعة أو حالة الحيض أو يستمر الاشتباه، وحينئذ فهناصور:

الاولى: أن يطلقها بعد المدة المعتبرة ثم تظهر الموافقة بأن كانت قد انتقلت من طهر المواقعة إلى طهر آخر، وأن الطلاق وقع حال الطهر، ولا إشكال هنا في صحة الطلاق إجماعاً لاجتماع شرائطه المعتبرة في صحته ظاهر وفي نفس الأمر. الثانية: الصورة بحالها، ولكن ظهر بعد ذلك كونها حائضاً حال الطلاق، ولا إشكال هنا أيضاً في صحة الطلاق لأن المعتبر في صحة طلاق الغائب مراعاة المدة

المعتبرة، وهو حاصل هنا، وظهور الحيض هنا غير مانع لعدم العلم به حال الطلاق، وظهوره بعد ذلك مستثنى بالنص والفتوى كما تقدمت به الأخبار ومنها رواية أبي بصير^(١) المصراحة بكونه قد طلق امرأته وهو غائب ثم علم بعد ذلك أنها يوم طلقها كانت طامناً فأجاز ~~الطلاق~~ الطلاق . وبالجمله فإن الصحة في هذه الصورة مجمع عليها نصاً وفتوى .

الثالثة : الصورة الاولى بحالها ، لكن ظهر بعد ذلك كونها باقية في طهر المواقعة لم تنتقل منه إلى حيض ولا طهر آخر .

قال في المسالك : وهو صحيح أيضاً لعين ما ذكر في سابق هذه الصورة ، وهو وقوعه على الوجه المعتبر شرعاً ولأن الطلاق إذا حكم بصحته في حالة الحيض بالنص والاجماع فلأن يحكم بصحته في حال الطهر أولى ، لما قد عرفت من أن شرط الطلاق في غير الغائب أمران : وقوعه في طهر ، وكون الطهر غير طهر المواقعة ، فإذا اتفق وقوعه في حالة الحيض تخلف الشرطان لعدم طهر آخر غير طهر المواقعة وعدم الخلو من الحيض ، وإذا اتفق وقوعه في حالة الطهر فالمتخلف شرط واحد ، وهو كون الطهر غير طهر المواقعة ، فإذا كان تخلف الشرطين في الغائب غير مانع فتخلف أحدهما أولى بعدم المنع ، انتهى .

وعورض بأن شرط الطلاق من غير الغائب أمران : الانتقال من طهر المواقعة ، ووقوع الطلاق في الطهر ، فإذا اتفق وقوعه في حال الحيض تخلف الثاني ، وإذا اتفق في طهر المواقعة تخلف الأول : فلا تتم الأولوية المذكورة .

واستظهر المحقق الشيخ علي - رحمه الله - عدم الوقوع لانتفاء شرط الصحة ، وهو استبراء الرحم منه حال الحيض ، فيبقى الباقي ، ونمنع من وجود الشرط فإن الأذن في الطلاق استناداً إلى الظن لا يقتضي الحكم بالصحة إذا ظهر بطلان الظن .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ج ٦ .

وأجيب عنه بأن الشرط المعتر في طلاق الغائب ليس لإمراة المدة المعتبرة وهو حاصل كما هو المفروض، وصحة الطلاق لو ظهر وقوعه حال الحيض المستفادة من رواية أبي بصير وغيرها، وعمل الأصحاب مبنية عليه، وحينئذ فلا يقدح ظهور بطلان الظن ولا يؤثر فيما حكم بصحته كما ظننه - رحمه الله - .

وبالجملة فإن الشرط المعتبر حاصل كما هو التقدير، والمانع وهو ظهور الخطأ لا يصلح للممانعة، كيف وقد تخلف فيما هو أولى بالحكم أو مساوٍ في المنع. والفصل بين الحالين - مع تخلف الشرط فيهما، والقول بصحة أحدهما دون الآخر تعلقاً بفقد الشرط لظهور بطلان الظن - تحكم محض .

وأما حديث كون الحكمة - في انتظار المدة المقررة - هو استبراء الرحم، فحديث شعري، والعلة المذكورة مستنبطة محضة لا منصوصة، فلا يلزم أطرادها . وإثما المنصوص فيما وصل إلينا من الأخبار اعتبار انقضاء المدة واستنبط منها الاكتفاء بظن الانتقال من طهر إلى آخر، وكلاهما متحقق .

أقول: لا ريب أنه بالنظر إلى ظاهر أخبار المسألة مطلقاً ومقيدها يظهر قوة القول الأول، لأن المطلق منها قد دل على أن الغائب يطلق زوجته على كل حال، وهذه الحال المفروضة التي هي محل البحث داخلية في العموم بلا ريب، والمقيّد بالترتبص دل على أنه يترتبص بها المدة المعتبرة وبعدها يجوز له طلاقها، ولا استفصال فيها بين ظهور كونها وقت الطلاق حائضاً أو في طهر الواقعة أو غير ذلك، وعدم الاستفصال دليل العموم في المقال .

الرابعة: أن يطلقها مراعيّاً للمدة المعتبرة، ويستمر الاشتباه فلا يعلم كونها حال الطلاق ذات حيض أم لا، في طهر الواقعة أم لا، والطلاق هنا صحيح قولاً واحداً كما ذكره في المسالك، ووجهه وجود المقتضي، وهو مضي المدة المعتبرة، لأن شرط صحة طلاق الغائب مراعاة مضي المدة المعتبرة مع عدم العلم بكونها وقت الطلاق حائضاً أو باقية في طهر الواقعة، وهو حاصل كما هو المفروض، وعدم

المانع ، إذ ليس إلا الاشتباه ، وهو غير صالح للمانع ، فإنه مع الظهور كما تقدم لا يبطل الطلاق ، فبطريق الأولى مع الاشتباه .

الخامسة : أن يطلقها قبل مضي " المدة المعتبرة " إلا أنه ظهر بعد الطلاق وقوعه في طهر لم يقربها فيه ، قالوا : وفي صحة الطلاق وجهان : من حصول شرط الصحة في نفس الأمر و ظهور ذلك ، ومن عدم وجود الشرط المعتبر في صحة الطلاق حال إيقاعه .

ورجح الأول في المسالك بأنه يمكن أن يجعل ظهور اجتماع شرائط بعد ذلك كاشفاً عن صحته ، خصوصاً مع جهله ببطان الطلاق من دون مراعاة الشرط ، لقصد حينئذٍ إلى طلاق صحيح ، ثم ظهر اجتماع شرائطه ، ثم قال : فالأظهر الصحة . واعترضه سبطه في شرح النافع بأنه مشكل لاطلاق النص " الدال " على اعتبار المدة في الغائب ولم تحصل هنا ، وهو جيد .

السادسة : الصورة بحالها إلا أنه تبين عدم الانتقال من طهر المواقعة أو كونها حائضاً أو استمر " الاشتباه ، والظاهر أنه لا إشكال في بطلان الطلاق لعدم حصول الشرط ، وهو مضي " المدة المعتبرة ، وأكده ظهور كون الطلاق في طهر المواقعة أو حال الحيض أو استمرار الاشتباه ، فلا إشكال في الأول باحتمال الصحة إنما نشأ من انكشاف الحال بما يقتضي الصحة ، والأمر هنا بالعكس .

المسألة الثانية : لو تربص بها المدة المعتبرة وأخبره من يعتد بقوله شرعاً إنثها حائض بسبب تغير عاداتها ، وكذا لو أخبره ببقائها في طهر المواقعة ، أو بكونها حائضاً حياً آخر بعد الطهر ، فطلقها والحالة هذه ، فهل يصح " أم لا ؟ إشكال ، وجزم المحقق الشيخ علي وشيخنا الشهيد الثاني بالعدم .

احتج " المحقق المذكور بأن " ظاهر الأخبار يقتضي العلم بطهرها وقت الطلاق أو ظنه ، وعموم الدلائل الدالة على المنع من طلاق الحائض ، خرج ما دل عليه

ج ٢٥ هل يصح طلاقها من غير تربص لو خرج في طهر لم يقر بها فيه؟ ١٩٣

أخبار الخمس^(١) اللاتي يطلقن على كل حال ، ومنها زوجة الغائب بعد التربص إذا ظهر كونها حائضاً عند الطلاق. لرواية أبي بصير^(٢) فيبقى الباقي على أصله، انتهى. و قيل : بأن فيه وجهاً آخر بالصحة لحصول الشرط ، و هو انقضاء المدة المعتبرة، ولا يخلو من قوة، طاعفت من أن المستفاد من النصوص إنما هو التربص المقدار المذكور وظن الانتقال من طهر إلى آخر إنما استفيد استنباطاً كما اعترف به في المسالك، وما ذكره المحقق المزبور من أن ظاهر الأخبار يقتضي العلم بطهرها وقت الطلاق ، أو ظنه إنما يسلم له بالنسبة إلى أخبار الحاضر ، وهو غير محل البحث، وإلا فأخبار طلاق الغائب لا إشعار فيها بما ذكره إن لم يكن فيما إشعار بخلافه ومع تسليم عموم الدلائل الدالة على المنع من طلاق الحائض يجب تخصيصه بمادل على صحة طلاق الغائب إما مطلقاً أو بعد مدة التربص مطلقاً وإن ظهر كونها حائضاً.

والتحقيق أن هنا عمومين قد تعارضا (أحدهما) عموم المنع من طلاق الحائض الشامل لطلاق الغائب وغيره (وثانيهما) عموم جواز طلاق الغائب على كل حال مطلقاً أو بعد المدة المعتبرة الشامل حالي ظن الحيض وعدمه، وتخصيص أحدهما بالآخر يحتاج إلى مخصص من خارج ، ومنه يظهر بقاء المسألة في قالب الاشكال

وإن كان مقتضى الاحتياط سيما في الفروج تخصيص العموم الثاني بالأول
المسألة الثالثة : ظاهر الأصحاب أنه لو خرج في طهر لم يقر بها فيه فإنه يصح طلاقها من غير تربص وإن اتفق في الحيض ، وبه صرح الشيخ في النهاية فيما قدمنا من عبارته ، ونحوها عبارة ابن البراج .

وقال في المسالك : لو كان خروج الزوج في طهر آخر غير طهر الواقعة

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٩ ح ١ و ٢ و ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٥
٣٠٦ ب ٢٥ ح ١ و ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٦٢ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٨ ب ٢٦ ح ٦ .

يصحّ طلاقها من غير تربّص ما لم يعلم كونها حائضاً ، ولا يشترط هنا العلم أو الظنّ بعدم الحيض لأنّ شرط الصحة هنا موجود ، وهو استبرأؤها بالانتقال من طهر إلى آخر ، وإنّما الحيض بعد ذلك مانع من صحّة الطلاق ، ولا يشترط في الحكم بصحة الفعل العلم باتقاء موانعه ، بل يكفي عدم العلم بوجودها .

و ظاهر سبطه السيّد السند في شرح النافع التوقّف والاستشكال في هذا المقام ، حيث إنّهُ بعد نسبة أصل الحكم المذكور إلى الشيخ في النهاية وجماعة قال: و هو مشكل ، لاطلاق ما تضمنّ اعتبار مضيّ المدة في الغائب ، فإنّه يتناول بإطلاقه من خرج في طهر الواقعة وغيره ، ولأنّ ما تضمنّ بطلان طلاق الحائض متناول لهذه الصور كما يتناول غيرها ، فيتوقّف الحكم بالصحة في هذه الصورة على وجود دليل عليه . نعم لو قيل: بأنّ من هذا شأنه يصحّ طلاقه من غير تربّص إذا اتّفق وقوع الطلاق في الطهر كان متّجهاً ، لأنّ الحاضر يقع طلاقه على هذا الوجه ، فالغائب أولى ، لأنّه أخفّ حكماً منه ، انتهى و هو جيّد .

ويزيده إيضاحاً وبياناً أنّه لا ريب في صحّة هذا القول بناءً على مذهب الشيخ المفيد ومن تبعه من أولئك الأفاضل من صحّة الطلاق مع عدم التربّص ، إنّما الاشكال بناءً على وجوب التربّص ، فإنّ فيه :

(أولاً) أنّ ظاهر أخبار التربّص هو وجوب ذلك أعمّ من هذه الصورة المفروضة وغيرها ، وتخصيصها يحتاج إلى دليل .

(وثانياً) أنّه كما أنّ من شروط صحّة الطلاق العلم بانتقال المرأة من طهر الواقعة إلى طهر آخر كذلك من شروطه العلم بكونها غير حائض وقت الطلاق كما قدمنا بيانه - ودلالة الأخبار عليه - في الشرط الخامس .

وغاية ما يفهم من الأخبار بالنسبة إلى الفرق بين الحاضر والغائب هو أنّ الغائب يصحّ طلاقه بعد التربّص للمدة المعتبرة ، وإن اتّفق كون الطلاق في طهر الواقعة أو اتّفق كونها حائضاً وقت الطلاق . وأمّا الحاضر فلا بدّ من تقدم العلم

بعدم الأمرين المذكورين ، وحينئذٍ فالحكم بصحة الطلاق مع الغيبة و عدم الترتيب بل بمجرد العلم بكونها في غير طهر الواقعة ، وإن كان حائضاً يحتاج إلى دليل لكونه على خلاف ما يظهر من أدلة وحب الترتيب ، فيبقى على الأصل . من اشتراط العلم بعدم الحيض الذي قامت الأدلة على أنه شرط في صحة الطلاق . قوله - رحمه الله - : ولا يشترط هنا العلم أو الظن بعدم الحيض لأن شرط الصحة هنا موجود ، و هو استبراثها بالانتقال من طهر إلى آخر مردود بأته كما أن من الشروط الانتقال من طهر إلى آخر كذلك منها العلم بكونها طاهراً وقت الطلاق كما عرفت ، و غاية ما دل عليه الدليل سقوط هذين الشرطين في الغائب مع الترتيب لا مع عدمه ، وبالجمله فالأظهر عندي ما ذكره السيد السند المذكور - رحمه الله - .

المسألة الرابعة : لو كان حاضراً لكن لا يمكنه الوصول إلى الزوجة واستعمال حالها لحبس ونحوه ، فهو بمنزلة الغائب فيما عرفت من حكمه والأقوال فيه ، كما أنه لو كان غائباً ولكن يمكنه استعمال أحوالها لورود الأخبار عليه ممن يعتقد صدقه ، ويركن في صحة الأخبار إليه ، فإنه يكون في حكم الحاضر . و الذي يدل على الحكم الأول من الأخبار ما رواه في الكافي و الفقيه ^(١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة سراً من أهلها وهي في منزل أهلها ، وقد أراد أن يطلقها وليس يصل إليها ليعلم طمئنها إذا طمئت و لا يعلم بطهرها إذا طهرت ، قال : فقال : هذا مثل الغائب عن أهله ، يطلقها بالأهله والشهور ، قلت : رأيت إن كان يصل إليها الأخبار الأحيان و الأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها ، كيف يطلقها ؟ فقال : إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه فيطلقها إذا نظر إلى غرة الشهر الآخر بشهود ، ويكتب الشهر الذي يطلقها فيه و يشهد على طلاقها رجلين ، فإذا مضى ثلاثة أشهر

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٦ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٠ ح ٢٨ ح ١ .

فقد بانت منه وهو خاطب من الخطأ ، و عليه نفقتها في تلك الثلاثة أشهر التي تقعد فيها .

وأنت خير بأن قواه ^{إلى} أولاً ^{بطلانها} بالأهله والشهور ، أي بالأهله مع معلومتها ، أو العدد مع عدم المعلومية المؤذن بتعدد الشهور لا يخلو من مدافعة لقوله ثانياً « إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيطلقها » المؤذن بكون مدة الترتيب شهر خاصة ، إلا أن يحمل على أن أقل ذلك شهر وأكثره ثلاثة أشهر ، فتحمل الثلاثة على الاستحباب .

و الظاهر أنه إلى ذلك يشير كلام الشيخ في النهاية حيث قال : ومتى كان للرجل زوجة معه في البيت غير أنه لا يصل إليها فهو بمنزلة الغائب عن زوجته ، فإذا أراد طلاقها فليصبر إلى أن يمضي ما بين شهر إلى ثلاثة أشهر ثم يطلقها إن شاء .

والقول بهذا الحكم والاستدلال عليه بالخبر المذكور مما جرى عليه من تأخر عن الشيخ ، إلا ابن إدريس فإنه اعترضه في ذلك ، فقال : الذي يقتضي أصول مذهبنا وإجماعنا منعقد عليه أنه لا يجوز للحاضر أن يطلق زوجته المدخول بها وهي حائض بغير خلاف ، وحل الحاضرة في البلد على تلك قياس ، وهو باطل عندنا ، والأصل الزوجية ، فمن أوقع الطلاق يحتاج إلى دليل قاهر ، وما ذكره شيخنا خبر واحد أورده إيراداً لا اعتقاداً كما أورده أمثاله مما لا يعول عليه ولا يرجح عليه ، و لولا إجماعنا على طلاق الغائب وإن كانت زوجته حائضاً لما صح ، فلا تتعداه ولا تتخطاه ، انتهى .

ورده العلامة في المختلف فقال : والمعتمد قول الشيخ ، لنا أن المقتضي معلوم الثبوت والمعارض لا يظن بثبوته ، بل يظن عده فيثبت الحكم ، أما وجود المقتضي فلأن لفظ الطلاق موضوع شرعاً للبينونة وسبب تام فيها وقد وجد ، وأما انتفاء المعارض فلأنه ليس إلا الحيض وهو غير معلوم الثبوت بل مظنون العدم ،

إذ التقدير ذلك، وأما ثبوت الحكم عند ذلك فهو ظاهر لأن مقتضى لجواز تطبيق الغائب - وهو خفاء حالها عنه مع غلبة ظنه بالانتقال من طهر الواقعة إلى غيره - موجود هنا وبثبوت العلم يلزم ثبوت الحكم ولا يرجع ذلك إلى القياس بل إلى وجود ما جعله الشارع علّة، وما رواه الشيخ في الصحيح - ثم ساق الخبر كما قدمناه ثم قال: - وهذا نص في الباب، وإذا وافق المعلوم المعقول الحديث الصحيح المنقول واشتهر بين الجماعة العمل به كان معيناً، انتهى وهو جيد.

أقول: ونظير الخبر المذكور ما رواه في الكافي^(١) عن الحسن بن علي بن كيسان قال: كتبت إلى الرجل عنه أسأله عن رجل له امرأة من نساء هؤلاء العامة وأراد أن يطلقها وقد كتمت حيضها وطهرها مخافة الطلاق، فكتب عنه: يعتزلها ثلاثة أشهر ويطلقها.

وهذا الخبر مع كون مورد مورده الأول تضمن الترتيب بثلاثة أشهر، والظاهر حمله على ما قدمناه من استحباب الثلاثة، وأنها أكثر مدة الترتيب، وأما الحمل على أن عادت في كل ثلاثة أشهر فبعيد جداً.

الركن الثالث: الصيغة: ينبغي أن يعلم هنا وإن تقدمت الإشارة إليه أن النكاح لما كان عصمة مستفادة من الشرع وقف زواله على رافع شرعي، وبسبب من جانب الشارع يوجب رفع ذلك، وقد اتفق النص والفتوى على صحة بلفظ الطلاق بإضافته إلى لفظ يدل على التعيين، كقوله أفت أو فلانة أو هذه أو نحو ذلك، وما عدا ذلك فيجب نفيه إلى أن يثبت دليل على صحة الوقوع به.

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه الصدوق في الفقيه^(٢) في الصحيح عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣١١ ب ٢٨ ح ٢.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٦ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٢ ب ١٥ ح ١.

قال لامرأته: أنت مني خلية أو برية أو بثة أو بائن أو حرام، فقال: ليس بشيء. والعجب من صاحبي الوافي والوسائل أنهما لم ينقلا هذه الرواية في جملة روايات المسألة المذكورة، وهذا المكان هو محلها اللائق بها.

وروى في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم «أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت علي حرام أو بائنة أو بثة أو برية أو خلية، قال: هذا كله ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل المدة بعد ما تطهر من حیضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدي، يريد بذلك الطلاق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين».

ونقل العلامة في المختلف عن البرنطي «قال: روى أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر في كتاب الجامع عن محمد بن سماعة عن محمد بن مسلم^(٢) عن الباقر عليه السلام «في رجل قال لامرأته: أنت حرام أو بائنة أو بثة أو برية أو خلية، فقال: هذا ليس بشيء، إنما الطلاق أن يقول لها من قبل عدتها قبل أن يجامعها: أنت طالق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين» وهذه الرواية خالية من الزيادة التي في سابقتها وهي قوله: اعتدي يريد بذلك الطلاق».

وما رواه في الكافي^(٣) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: الطلاق أن يقول لها: اعتدي أو يقول: أنت طالق».

وعن محمد بن فیس^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام «قال: الطلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٩ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٠٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ ح ٣.

(٢) المختلف ص ٥٨٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٩ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٣٧ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٧٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٦ ب ١٦ ح ٥.

للمعدة أن يطلق الرجل امرأته عند كل طهر، ويرسل إليها أن اعتدي فإن فلاناً قد طلقك، قال: هو أملك برجعته ما لم تنقض عدتها. وعن عبدالله بن سنان^(١) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يرسل إليها فيقول الرسول: اعتدي فإن فلاناً قد فارقك. قال ابن سماعة: وإنما معنى قول الرسول اعتدي فإن فلاناً قد فارقك - يعني الطلاق - إنه لا يكون فرقة إلا بطلاق.

قال في الكافي بعد هذا الخبر: حميد بن زياد عن ابن سماعة عن علي بن الحسن الطاطري قال: الذي أجمع عليه في الطلاق أن يقول: أنت طالق أو اعتدي، وذكر أنه قال لمحمد بن أبي حمزة: كيف يشهد على قوله: اعتدي؟ قال: يقول: اشهدوا اعتدي، قال ابن سماعة: غلط محمد بن أبي حمزة أن يقول: اشهدوا اعتدي، قال الحسن بن سماعة: ينبغي أن يجيء بالشهود إلى حجلتها أو يذهب بها إلى الشهود إلى منازلهم، وهذا المحال الذي لا يكون، ولم يوجب الله عز وجل هذا على العباد، فقال الحسن: ليس الطلاق إلا كما روى بكير بن أعين أن يقول لها وهي طاهر من غير جماع: أنت طالق، ويشهد شاهدين عدلين، وكل ما سوى ذلك فهو ملفى، انتهى، ومقتضاه عدم وقوع الطلاق حتى من هذه المادة إلا بهذا اللفظ بخصوصه فلا يصح بلفظ أنت طالق أو من المطلقات أو أنت مطلقة على خلاف في هذه اللفظة بأنني إن شاء الله ذكره، وهو جيد.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام هنا يقع في مواضع:

أحدها: المشهور بين الأصحاب انحصار صيغة الطلاق في لفظ الطلاق بالتقريب المذكور آنفاً، وذهب ابن الجنيدي إلى وقوعه أيضاً بلفظ اعتدي قال: الطلاق لا يقع إلا بلفظ الطلاق أو قوله اعتدي، وأما ما عدا ذلك فلا يقع به، واحتجوا له بردائني

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ ح ٢.

محمد بن مسلم و الحلبي الصحيحين أو الحسنين ، وحملهما الشيخ في كتابي الأخبار على أن لفظ اعتدي إنما يعتبر إذا تقدم قول الرجل أنت طالق ثم يقول اعتدي قال: لأن قوله لها اعتدي ليس له معنى لأن لها أن تقول: من أي شيء أعتد؟ فلا بد أن يقول اعتدي لأتني طلقك، فالاعتبار إذاً بلفظ الطلاق لا بهذا القول إلا أنه يكون هذا القول كالكشف عن أنه لزمها حكم الطلاق الموجب لها ذلك .

واعترضه الشهيد الثاني في المسالك وسبطه في شرح النافع حيث إنهما ممن يدور مدار صحة الأسانيد بناءً على هذا الاصطلاح المحدث ، فمالا إلى قول ابن الجنيّد لهذين الخبرين من حيث اعتبار سنديهما ، فأجابا عن كلام الشيخ بما ملخصه : أنه لا يخفى ما فيه من البعد و شدة المخالفة للظاهر ، لأنه لا يخلو جمل قوله اعتدي معطوفاً على قوله أنت طالق بـ « أو » المفيدة للتخيير في إحدى الروايتين ومعطوفاً عليه في الرواية الأخرى ، فكيف ينحصر وقوعه بأحد اللفظين الذي خيّر بينه وبين اللفظ الآخر وقوله - رحمه الله - « أنه لا معنى لقوله اعتدي » غير جيد لأنه إذا نوى به الطلاق وحكم الشارع بحصول البينونة به يصير في معنى أنت طالق ، فإذا قالت من أي شيء أعتد؟ يقول : من هذا الطلاق الواقع بهذا اللفظ ، غاية الأمر أنها لم تفهم ذلك من قوله اعتدي ، فسألت عنه ، وذلك لا يوجب أن لا يكون له معنى ، ولا يمكن الجواب عن هاتين الروايتين بالحمل على التقيّة لأن في إحدى الخبرين ما ينافي ذلك ، وهو أنه لا يقع الطلاق بقوله أنت حرام أو بآئنة أو برية أو خلية ، فإن الطلاق عند المخالفين يقع بجميع ذلك مع التبيّة ، انتهى . أقول : لا ريب أن ظاهر الروايتين المذكورتين هو الدلالة على مذهب ابن الجنيّد ، ومقتضى العمل بهذا الاصطلاح المحدث القول بمادل عليه هذان الخبران لأنهما أصح أخبار المسألة ، ولكن الأصحاب قديماً وحديثاً قد اعترضوا عنهما ، ولم يقل بهما من المتقدمين إلا ابن الجنيّد الذي قد علم من تتبع أحواله وأقواله الميل إلى مذهب المخالفين و العمل بأخبارهم و الاستناد إليها و الاستدلال بها ،

بل بالقياس الذي منعه الشريعة ، ولم يقل به من المتأخرين إلا هذان الفضلان كما عرفت ، وإلا فغيرهما من المحقق والعلامة وغيرهما كلهم على القول المشهور .

و كيف كان فإن التحقيق في المقام بناءً على ما هو المختار عندنا من العمل بجميع الأخبار ، هو رد هذه الأخبار المتقدمة بعضها إلى بعض ، وحمل مطلقها على مقيدها ، ومجملها على مفصلها ، وارتكاب التأويل في الروايتين المذكورتين بقرينة ما دلت عليه الروايات الأخر ، وأن قوله «إني لا في صحبة محمد بن قيس أو حسنته» يرسل إليها اعتدي ، فإن فلاناً قد طلقك ، ظاهر في أن هذه الرسالة إخبار عن طلاق سابق ، وأمر لها بالاعتداد منه ، لا أن «اعتدي» هي صيغة الطلاق وهو بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه ، وحاصل معنى الخبر أن يطلق الرجل امرأته عند كل طهر ثم يرسل إليها . . . إلخ . ونحوه رواه عبد الله بن سنان ، وقوله «إني لا يرسل إليها فيقول الرسول اعتدي فإن فلاناً قد فارقك» والرواية الأولى منهما صحتها أو حسناتها . إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذي في سند زينك الخبرين ، واعتبارهما إنما هو به ، فيجب عليهم قبولها لذلك . وتعدها رواية البرنطي ، ودالاتها على الحصر في قوله «أنت طالق» وهي صريحة في المدعى . وحينئذ فيجب حمل إطلاق خبري الحلبي و محمد بن مسلم فيما دلّ عليه من أن «اعتدي» صيغة الطلاق على هذين الخبرين من تقدم الطلاق ، وأن قوله «اعتدي» إنما هو إخبار عن تقدم طلاق ، وأمر لها بالاعتداد منه حسبما ذكره الشيخ - رحمه الله عليه - و ظاهر كلام الكليني المتقدم نقاه وقوع الخلاف بين أصحاب الأئمة عليهم السلام يومئذ ، فمذهب محمد بن أبي حمزة القول بأن «اعتدي» من صيغ الطلاق ، ومذهب الحسن بن سماعة الذي رواه عن بكير بن أعين هو أن الصيغة إنما هي «أنت طالق» ، وفي المسالك ذكر أنه عبد الله بن بكير بن أعين و طعن فيه ، والذي في الكافي إنما هو بكير الممدوح المعدود حديثه في الحسن ، وما ذكره من

بعد الحمل على التقيّة إنّما يتمّ له في رواية محمد بن مسلم ، لاشتمالها على تلك الألفاظ دون رواية الحلبي ، فيمكن حملها على التقيّة ولأمانع منه ، ولا ينافيه عدم إمكان ذلك في تلك الرواية لجواز حملها على التقيّة بالمعنى الآخر الذي تقدمت الإشارة إليه غير مرة ، وقد تقدم في المقدمة الأولى^(١) من المقدمات التي في أول كتاب الطهارة .

و بالجملة فالظاهر عندي هو القول المشهور وارتاب التأويل في هذين الخبرين جمعاً بينهما وبين الأخبار الآخر كما عرفت .

تنبية

ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك توسعة الدائرة في المقام بالحكم بالصحة في جملة من الكنايات الظاهرة في إرادة معنى الطلاق تفريعاً على الحكم بالصحة بلفظ اعتدي كما اختاره ، وأنّ ذلك لازم لمن قال بهذا القول . قال رحمه الله : نعم يمكن أن يقال : إنّ حكمه بوقوع الطلاق بقوله اعتدي مع النية وهو كناية قطعاً بدل على وقوعه بغيره من الكنايات التي هي أوضح معنى من قوله اعتدي مثل قوله أمت مطلقاً أو طلقتك أو من المطلقات أو مسرحة أو سرحتك أو مفارقة أو فارتقتك أو من المسرحات أو من المفارقات إلى غير ذلك من الكنايات التي هي أوضح دلالة على الطلاق من قوله اعتدي ، بل قيل : إنّ السراح والفراق وما اشتق منهما ومن الطلاق صريح لا كناية لوروده في القرآن مراداً بها الطلاق كقوله تعالى «واسر حكن سراحاً جميلاً»^(٢) «وسرحوهن سراحاً جميلاً»^(٣) «أو تسريح يا حسان»^(٤) «أو فارقوهن بمعروف»^(٥) «وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته»^(٦) «فوقوع الطلاق

(١) ج ١ ص ٥ - ١٢ . (٢) سورة الأحزاب - آية ٢٨ .

(٣) سورة الأحزاب - آية ٤٩ . (٤) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .

(٥) سورة الطلاق - آية ٢ . (٦) سورة النساء - آية ١٣٠ .

بقوله اعتدي يدل بمفهوم الموافقة على وقوعه بجميع هذه الألفاظ وما في معناها، وتبقى الكنايات التي لا تدخل في مفهوم الموافقة - بل إما مساوية لقوله اعتدي أو أخفى - مردودة لعدم الدليل.

ومنها قوله في الخبر خلية وبرية وبنة وبتلة ونحوها، وحينئذ يكون أعملنا جميع الأخبار المعتبرة مؤيداً بعموم الآيات والأخبار الدالة على الطلاق من غير تقييد، ولا يضرنا مفهوم الحصر في قوله «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» له جهين: (أحدهما) أن الحصر في الصيغتين بطريق المطابقة، و في غيرهما بطريق الالتزام فلا منافاة.

(و الثاني) إمكان محله على مجرد التأكيد بقرينة قوله في رواية الحلبي «الطلاق أن يقول لها» من غير أداة الحصر، و لا يرد على هذا حصر المبتدأ في خبره، لأن ذلك غير مطرد كما حقق في محله، و قد وقع استعمال «إنما» في الكلام الفصيح مجرداً عن الحصر، و تقدم مثله في الأخبار، و لو قيل بهذا القول لكان في غاية القوة، و توهم أنه خلاف الإجماع قد تكلمنا عليه غير مرة، انتهى. أقول: لا ريب أن ما ذكره من لزوم صحة الطلاق بهذه الكنايات المذكورة لمن قال بصحته بلفظ اعتدي جيد، و أما أن ذلك صحيح كما ادعى قوته فهو ممنوع، و ما تكلفه في منع الحصر في الأخبار المذكورة بعيد جداً، فإن المتأمل في سياقها لا يخفى عليه فهم الحصر منها، إذ لا يخفى أن قوله ^{عَلَيْهَا} - بعد عد تلك الألفاظ المدعى وقوع الطلاق بها ليس بشيء - الطلاق أن يقول لها كذا و كذا في حال الطهر قبل المجامعة بشهادة عدلين أظهر ظاهر في إرادة الحصر، ويؤيده ذكر شروط صحة الطلاق الآخر من الشهادة على الطلاق، والانتقال من طهر الواقعة، و كونها طاهراً، فإن ذلك كله أدل دليل على أن المراد الحصر في هذا اللفظ مع اجتماع هذه الشروط، و تكلف خلاف ذلك بعيد عن سياق الأخبار

المذكورة كما لا يخفى على المتأمل المنصف .

وأما ورود لفظ السراح و الفراق في القرآن بمعنى الطلاق فالظاهر في الجواب عن ذلك أن يقال : لا يخفى أن "جل" الآيات القرآنية و جملة الأخبار الواردة في السنة المطهرة إنما اشتملت على التعبير عن هذه الفرقة المخصوصة بلفظ الطلاق، و ظاهرها أن هذا هو اللفظ الحقيقي الموضوع لهذا المعنى ، وأن ما عداه من لفظ السراح و الفراق ونحوهما إنما اطلقاً مجازاً أو كنايةً عنه في مقام المحادثة، فلا يلزم من صحة صيغته بالطلاق صحة صيغته بهما ، لأن الصيغة أمر آخر متوقف على التوقيف والسماع من الشارع كما عرفت ، ومقتضى ذلك الاكتفاء في صيغة الطلاق، بكل لفظ من هذه المادة ، إلا أنك قد عرفت أنه حيث كان النكاح عصمة شرعية، فيجب استصحابها إلى أن يثبت المزيل لها شرعاً، والذي علم من الأخبار المتقدمة بالتقريب المتقدم إنما هو لفظ مخصوص من هذه المادة ، لا كل لفظ منها ، فيجب الوقوف على ما علم كونه مزيلاً ، وتخصيص ما ذكرنا من العموم بذلك .

وثانيتها : أنه لا يخفى أن ما دلكت عليه الأخبار المتقدمة من عدم الاكتفاء بتلك الألفاظ في صحة الطلاق من قوله «خليفة أو بريّة» ونحوهما مما لا خلاف بين أصحابنا فيه نوى بهما الطلاق أو لم ينو ، وإنما الخلاف هنا من العامة حيث حكموا بوقوع الطلاق بها مع نيته ، و الوجه في ذلك أن أصحابنا يشترطون في صحة الطلاق صراحة اللفظ الدال عليه، فلا يجوز بالمشترك الدال عليه وعلى غيره، والظاهر أن مرادهم باشتراط النية فيه مع كون القصد إلى الطلاق شرطاً في صحته وإن كان باللفظ الصريح كما تقدم ذكره - هو أن الكناية لا يحكم بوقوع الطلاق بها إلا من العلم بإرادة الطلاق بخلاف الصريح ، فإن الحكم بوقوع الطلاق لا يتوقف على ذلك ، وإن كان القصد إلى الطلاق معتبراً فيه أيضاً . وتوضيح ذلك ما أفاده شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث قال : وهذه

النية أمر آخر غير القصد الذي تقدم اعتباره في الصيغة الصريحة لأن المراد بالنية هنا قصد إيقاع الطلاق، وهناك قصد لفظه لمعناه. وتحقيق الفرق أنه لما كان المعنى في اللفظ الصريح متحدًا اكتفى بقصد اللفظ للمعنى بمعنى كون المتلفظ قاصداً قابلاً للقصد، وإن لم يصرح بالقصد، ولهذا حكم عليه به بمجرد سماع اللفظ، وإنما احترزوا باشتراط القصد عن مثل الساهي والنائم إذا أوقعا لفظاً صريحاً فإنه لا يعتد به لعدم القصد إلى مدلوله، بخلاف الكناية فإن ألفاظها لما كانت مشتركة بين المقصود منها وهو الطلاق ونحوه لم تحمل عليه بمجرد قصده إلى المعنى لاشتراكه، بل لا بد من القصد إلى بعض معانيه، وهو الطلاق مثلاً، وهذا القصد على خلاف الأصل، لأنه تخصيص المشترك بأحد معانيه، فلا بد من العلم به، وإلا لم يحكم عليه بالطلاق ولا غيره، بخلاف الصريح، فإن الأصل فيه إذا وقع من العاقل الخالي عن الموانع أن يكون قاصداً به مدلوله، فهذا هو الفارق بين القصدين، فتدبره، فإنه من مواضع الاشتباه على كثير. انتهى، وهو جيد رشيق، وقد تقدم ما يؤكده وبعضه.

بقي هنا مواضع وقع الخلاف فيها (منها) ما لو قال: أنت مطلقة، فظاهر الشيخ في المبسوط أنه يقع بها الطلاق مع النية، قال في الكتاب المذكور: عندنا أن قوله أنت مطلقة إخبار عما مضى فقط، فإن نوى به الإيقاع في الحال فالأقوى أن نقول إنه يقع. وقال في الخلاف: إذا قال لها: أنت مطلقة لم يكن ذلك صريحاً منه في الطلاق وإن قصد بذلك أنها مطلقة الآن، وهذا القول هو المشهور بين الأصحاب.

ويرد على ما ذهب إليه في المبسوط أنه يلزمه القول بذلك في غير هذه الصيغة، لأن كلامه ظاهر في كونه هنا كناية إذ الصريح كما عرفت لا يقتصر إلى النية، وحينئذٍ فيلزمه القول بذلك في سائر الكنايات من ألفاظ هذه المادة،

إذ لا يعرف هنا وجه خصوصية لهذه الصيغة دون غيرها، مثل قوله أنت من المطلقات أو أنت طلاق، بل هي أبلغ من قوله أنت طالق، كما صرحوا به، لأنهم متى أرادوا المبالغة في فاعل عدلوا به إلى لفظ المصدر، فيقولون في عادل عدلاً، مبالغة لأنه أبلغ منه.

والمحقق في الشرائع رد هذا القول بأنه بعيد عن شبه الانشاء، لأنه إخبار عن وقوع الطلاق فيما مضى، والإخبار غير الانشاء.

واعترضه في المسالك بأن المصنف على ما تكرر منه مراراً وكذا غيره يجعلون لفظ الماضي أنسب بالانشاء، بل قد جعله في النكاح صريحاً في الانشاء، فما الذي عدا فيما بدا؟ وقولهم إن نقل الإخبار إلى الانشاء على خلاف الأصل مسلم، لكن يطالبون بالفارق بين المقامين، والموجب لجعله منقولاً في تلك المواضع دون هذا، فإن جعلوه النص فهو ممنوع، بل ورد في الطلاق ما هو أوسع كما استراه. وإن جعلوه الإجماع فالخلاف في المقامين موجود في صيغ كثيرة. انتهى، وهو جيد متين بل جوهر ثمين.

وحينئذ فالحق في رد القول المذكور إنما هو عدم النص الدال على وقوع الطلاق بهذه الصيغة، وقد عرفت أصالة استصحاب الحكم بالنكاح حتى يثبت الرافع شرعاً، والذي استفيد من الأخبار المتقدمة إنما هو صيغة طالق بإضافة ما يعين المطلقة، ويبقى الباقي على أصالة المنع، وهذا هو الحق في الجواب، مضافاً إلى ما أشرنا إليه من أن اللازم من القول بهذه الصيغة القول بغيرها من صيغ الكنايات من هذه المادة، وهو لا يلتزمه ولا يقول به.

(ومنها) ما لو قال: طلقت فلانة، فقال الشيخ: إنه لا يقع به طلاقاً، قال: لأنه إخبار لا إنشاء.

وفيه (أولاً) أن أكثر صيغ العقود المقصود بها الانشاء إنما عبر فيها بلفظ الماضي الذي هو صريح في الإخبار، فنقلوه إلى الانشاء في تلك العقود، مثل بعت

وزوجت وصالحت و نحو ذلك ، وما نحن فيه كذلك ، على أنه لا خلاف في الصحة بلفظ فلانة طالق ، وقد صرحوا بأن الماضي أقرب إلى الانشاء من اسم الفاعل .
(وثانياً) أن الشيخ قد صرح - كما سيأتي إن شاء الله - بأنه لو قيل له : هل طَلَّقت فلانة ؟ فقال : نعم ، كان جوابه بنعم طلاقاً لها ، وليس الوجه فيه إلا أن قوله نعم مقتضى لاعادة السؤال ، فكأنه قال : طَلَّقتها ، فقول نعم في معنى طَلَّقتها ، وحينئذٍ فإذا وقع الطلاق باللفظ الراجع إلى شيء وقع بذلك الشيء البتة وهو طَلَّقتها ، فيما نحن فيه ، فحكمه بالصحة ثمة موجب للحكم بها في هذه الصورة ، وهو ظاهر .
(ومنها) ما لو قيل له : هل طَلَّقت فلانة ؟ فقال : نعم ، فإن المشهور بين الأصحاب وبه صرح الشيخ في النهاية أنه يقع طلاقاً ، وبه صرح ابن حمزة وابن البراج وغيرهما . وقال ابن إدريس : وإن قيل للرجل : هل طَلَّقت فلانة ؟ فقال : نعم ، كان ذلك إقراراً منه بطلاق شرعي .

قال في المختلف : والتحقيق أن نقول : إن قصد بذلك الإقرار بطلاق سابق حكم عليه به ظاهراً ودين بنيته في نفس الأمر ، وإن قصد بذلك الانشاء فهل يصح ؟ ظاهر كلام النهاية نعم ، وظاهر كلام ابن إدريس المنع .
أقول : والشيخ قد استند فيما ذهب إليه إلى رواية السكوني ^(١) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام في الرجل يقال له : أطلَّقت امرأتك ؟ فيقول : نعم ، قال : قد طَلَّقتها حينئذٍ .

فالتقريب فيها أن قوله نعم صريح في إعادة السؤال على سبيل الانشاء ، لأن نعم في الجواب تابع للفظ السؤال ، فإذا كان صريحاً كان الجواب صريحاً فيما السؤال صريح فيه ، ولهذا إذا قيل لزيد في ذمتك مائة ؟ فإن قال نعم كان إقراراً بوجوب الحكم عليه بها .

وفيه (أولاً) أنه قد تقدم في سابق هذا الموضع اعتراف الشيخ بأنه لا يقع

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٦ ب ١٦ ح ٦ .

الطلاق بقوله طَلَّقَتْ فلانة فكذا فيما هو بمعناه وهو قول «نعم» بالتقريب المذكور، ولأن صحته كذلك تقضي صحة سائر العقود به مثل أن يقول له: هل بعث فلاناً؟ فيقول: نعم، وهم لا يقولون به، وإنما خصوا الطلاق بذلك بالرواية.

(وثانياً) أنه لا يلزم من تضمن نعم معنى السؤال أن يكون بمنزلة لفظه من كل وجه، وقائماً مقامه من جميع الوجوه، ولذا قال في المسالك: إنا لو جوزنا وقوعه بلفظ طَلَّقَتْ فلانة لا يلزم منه جواز وقوعه بلفظ نعم، للفرق بين الملفوظ والمقدر في صيغ العقود والایقاعات.

(و ثالثاً) عدم صراحة الرواية في كون نعم مقصوداً بها الانشاء، فيحتمل الاخبار، وأنه سأل عن إيقاع طلاق سابق، فأجاب بنعم، وأتى بالسبب الموجب للحكم عليه بالطلاق، وهو اعترافه به. قال في المختلف بعد الطعن في الرواية بضعف السند، مع أن الشيخ قال في المبسوط: يلزم الطلاق، فإن كان صادقاً لزمه باطناً وظاهراً، وإن كان كاذباً لزمه في الحكم، وهذا دليل على أنه جعله إقراراً بالطلاق لإنشاء، وتحمل الرواية على أنه أتى بالسبب الموجب للحكم عليه بالطلاق. انتهى، وهو ظاهر فيما قلناه.

ثم إن العلامة في المختلف احتج أيضاً برواية البرزطي المتقدمة أيضاً الدالة على حصر صيغ الطلاق في قوله: أنت طالق، قال في المسالك: بعد نقل ذلك عنه: وهذه الرواية أوضح دلالة على تخصيص أنت طالق من بين الصيغ المتنازع في وقوعه بها، وهي سالمة من إضافة ما تقدم في رواية محمد بن مسلم أو يقول لها اعتدي، ولو صححت لكنت أجود في الدلالة على نفي تلك الأقوال، انتهى.

أقول: لا يخفى أن الكتاب المذكور من الأصول المشهورة والكتب المأثورة، والرواية صحيحة باصطلاح أصحابنا المتقدمين الذي عليه العمل دون هذا الاصطلاح المحدث فيثبت بها المدعى، والعلامة مع كونه أصل هذا الاصطلاح المحدث قد اعتمد عليها، واستدل بها في المقام.

وبالجملة فالأقرب في المسألة هو ما ذهب إليه ابن إدريس إلا إذا علمنا أنه

لم يقع منه غيره ، وينبغي تقييد إطلاق كلام ابن إدريس بذلك ، والعلامة قيده بقصد الاقرار كما تقدم في كلامه .

قال في المسالك : ولا إشكال مع القصد ، وإنما الكلام مع الجهل بحاله ، والوجه ما قلناه من الحكم بكونه إقراراً إلا مع العلم باتقاء سابق ، ويرجع في ذلك إلى القرائن المفيدة لكونه مريد الانشاء أو الاقرار . انتهى ، وهو مؤيد لما قلناه و واضح فيما ادعيناه .

ثم إنّه بعد الوصول إلى هذا المكان اتفق وقوع النظر على جملة من الأخبار الظاهرة فيما ذهب إليه الشيخ زيادة على رواية السكوني التي طعنوا فيها بضعف السند .

ومنها ما رواه الكافي^(١) عن عثمان بن عيسى عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : فرجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة ، قال : فيلقاه بعد ما طلقها و انقضت عدتها عند صاحبها فتقول له : أطلّقت فلانة ؟ فإذا قال نعم فقد صار تطليقة على طهر ، فدعها من حين طلقها تلك التطليقة حتى تنقضي عدتها ، ثم تزوجها ، فقد صارت تطليقة بائنة .

ومارواه في الكافي والفقيه^(٢) في الحسن أو الموثق عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوجها ، فكيف يصنع ؟ فقال : يدعها حتى تحيض وتطهر ، ثم يأتيه ومعه رجلان شاهدان فيقول : أطلّقت فلانة ؟ فإذا قال نعم تركها ثلاثة أشهر ، ثم خطبها إلى نفسه .

و مارواه في التهذيب^(٣) عن إسحاق بن عمار في الموثق في الرجل يريد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ب ٣٦ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٤ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٤ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥

ص ٣٢٣ ب ٣١ ح ٢ مع اختلاف يسير وج ١٤ ص ٣٨٢ ب ٣٦ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٠ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٣ ب ٣١ ذيل ح ٢ .

أن يتزوج المرأة وقد طلقت ثلاثاً فأراد رجل أن يتزوجها ، كيف يصنع فيها ؟ قال : يدعها حتى تطهر ، ثم يأتي زوجها ومعه رجلان يقول : قد طلقت فلانة ؟ الحديث كما في سابقه .

و عن حفص بن البختري^(١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثة ، فأراد رجل أن يتزوجها ، كيف يصنع ؟ قال : يأتيه فيقول : طلقت فلانة ؟ فإذا قال نعم تركها ثلاثة أشهر ، ثم خطبها إلى نفسه .

أقول : قد اشتركت هذه الأخبار مع تعددها وقوة أسانيدھا في الدلالة على وقوع الطلاق بلفظ نعم بعد السؤال عن أنه هل طلق أم لا ، وأن ذلك يقع طلقة واحدة بقرينة الأمر بإحضار الشاهدين بسماع ذلك ، وإيجاب العدة بعد سماع ذلك من الزوج . ومن الظاهر البين الظهور أن لفظ نعم هنا إنما وقع جواباً للسؤال عن طلاق سابق ، وأن الزوج المخبر بقوله نعم إنما قصد ذلك ، لا أنه قصد الانشاء ، لأن المفروض في الأخبار أنه مخالف ، وقد طلقها بمقتضى مذهبه ، واللازم من ذلك صحة الطلاق الثاني من غير اعتبار قصد الانشاء ، وفيه رد على الأصحاب فيما ادعوه من وجوب قصد الانشاء في صحة الطلاق ، فإنه عليه السلام قد حكم بصحة الطلاق في هذه الأخبار مع معلومية قصد الأخبار كما عرفت ، وهذا مما يؤكد ما قدمنا ذكره في غير موضع سيما في كتب المعاملات من أنه ينبغي أن يكون المدار على ما ترد به الأخبار وإن خالف ذلك مقتضى قواعدهم المقررة وضوابطهم المعتمدة .

ولو ادعى إرادة الانشاء بعد التلفظ بهذا القول فمقتضى قواعد الأصحاب وبه صرح بعضهم قبول قوله ، لأنه منوط بنيتنه ، ولا يمكن استعمال ذلك إلا منه كما تقدم مثله مراراً .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٩ ح ١١٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٣ ب ٣١ ح ١ .

(ومنها) أن الشيخ في النهاية قال : وينوب مناب قوله أنت طالق بغير العريّة بأيّ لسان كان فإنه تحصل به الفرقة ، وأطلق . ونحوه كلام ابن حمزة وابن البرّاج وغيرهما ، وقال ابن إدريس : وما ينوب مناب قوله أنت طالق بغير العريّة بأيّ لسان كان فإنه تحصل به الفرقة إذا تعذر عليه لفظ العريّة ، فأما إذا كان قادراً على التلفظ بالطلاق بالعريّة فطلق بلسان غيرها ، فلا تقع الفرقة بذلك ، لأنه ليس عليه دليل ، والأصل بقاء العقد .

احتجّ الشيخ على ما نقل عنه ، بأن المقصود في المحاورات بالذات إنما هو المعاني دون الألفاظ ، لأنها دلائل ، ونسبة الألفاظ متساوية ، و بمارواه وهب ابن وهب^(١) عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين قال : كل طلاق بكل لسان فهو طلاق . وقال في المختلف بعد أن نقل احتجاج الشيخ المذكور ونقل عن ابن إدريس الاحتجاج بأن الأصل عصمة الفروج ، والاستصحاب يدل على بقاء العقد ، والفرقة أمر شرعي ولم يثبت ، ونحن في هذه المسألة من المتوقّفين .

أقول : والعجب منه - قدس سره - من توقّفه في هذه المسألة مع أن مقتضى اصطلاح الحكم بضعف الرواية المذكورة ، سيما ورايها أكذب البريّة ، وهو يردّ الروايات الموثّقات بل الحسنة في بعض الأوقات ، اعتماداً على هذا الاصطلاح ، فما باله يتوقّف هنا ، وأدلة ابن إدريس واضحة الظهور ، و موافقة للقواعد الشرعيّة ، لولا ظاهر الرواية المذكورة ، على أن الرواية غير صريحة في المدعى ، و ظاهرها إنما هو عدم إمكان العريّة ، لأن الظاهر أن المراد منها إنما هو أن أهل كل لسان من عربي أو عجمي أو تركي أو نحوها فله أن يطلق بلسانه ، و من الغالب اختصاص أهل كل لسان بذلك اللسان لا يتجاوزونه إلى غيره ، ومعرفة بعضهم لألسن متعددة أمر على خلاف الغالب لا يحمل عليه الاطلاق . وما ذهب إليه ابن إدريس هو المشهور بين المتأخّرين كما نقله في المسالك ،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٧ ب ١٧ ح ١ .

و زاد في الاحتجاج على ما ذكره ابن إدريس بأن اللفظ العربي هو الوارد في القرآن والأخبار المتكررة في لسان أهل الشرع، والظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس لما عرفت، وما علل به الشيخ من قوله «إن المقصود في المحاورات بالذات هو المعاني دون الألفاظ» وأورد عليه في سائر العقود، وهو لا يقول به.

وثالثها: أنه لا خلاف بين الأصحاب في عدم وقوع الطلاق بالكتابة من الحاضر القادر على النطق، وإنما الخلاف في أنه هل يقع من الغائب القادر على اللفظ أم لا؟ فالمشهور عدمه، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف مدعياً عليه الإجماع، وقال في النهاية، فإن كتب بيده أنه طلق امرأته وهو حاضر ليس بغائب لم يقع الطلاق، فإن كان غائباً وكتب بخطه أن فلانة طالق وقع الطلاق، وإن قال لغيره: اكتب إلى فلانة امرأتي بطلاقها لم يقع الطلاق. فإن طلقها بالقول ثم قال لغيره اكتب إليها بالطلاق كان الطلاق واقعاً بالقول دون الأمر، وتبعه على ذلك جملة من أتباعه، والأصل في هذا الاختلاف اختلاف أخبار المسألة.

والذي وقفت عليه منها ما رواه في الكافي والفقيه^(١) عن أبي حمزة الثمالي في الصحيح قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، أو اكتب إلى عبدي بعته، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ فقال: لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به بلسانه، أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق أو العتق، ويكون ذلك منه بالأهله والشهور، ويكون غائباً عن أهله، أقول: وهذه الرواية هي مستند الشيخ في النهاية ومن تبعه.

وما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح أو الحسن عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٥ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢.

إلى رجل كتب بطلاق امرأته أو بعثق غلامه ، ثم بدا له فمحاها ، قال : ليس ذلك بطلاق ولا عناق حتى يتكلم به .

وما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن ابن اذينة قال : سألت عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعثق مملوكه ولم ينطق به لسانه ، قال : ليس بشيء حتى ينطق به .

وما رواه بسند آخر عن زرارة ^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ، الحديث .

وأجاب العلامة في المختلف عن صحيحة الثمالي بالحمل على حالة الاضطرار ، قال : وتكون لفظة «أو» للتفصيل لا للتخير ، لا يقال : هذه الرواية مختصة بالغائب ، والرواية الاولى مطلقة ، والمقيّد مقدم ، لأننا نقول : الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السبب ، فإننا نعلم أن اللفظ لما كان سبباً في البينة استوى إيقاعه من الغائب والحاضر ، وكذا الكتابة لو كانت سبباً لتساوي الحال فيهما ، مع أن في روايتنا ترجيحاً بسبب موافقته للأصل ، وتأيداً بالنظر والشهرة في العمل ، انتهى .

واعترضه في المسالك فقال : وفيه نظر ، لأن الرواية صريحة في أن المطلق يقدر على التلفظ ، لأنه قال : اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها ... إلخ ، فلا وجه لحمله على حالة الاضطرار ، ومع ذلك ففي هذه الرواية ترجيح على السابقة لصحة سندها ، وأنها مقيّدة بالنية والغيبة وتلك مطلقة فيهما ، فجاز كون منعه من وقوع الطلاق لعدم النية بالكتابة ، أو لعدم العلم بالنية ، أو يحتمل على حال الحضور جمعاً ، على أنه مع ثبوت المرجح لا ضرورة إلى الجمع . وأما ما قيل : إن الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السببية فهو مصادرة ومحضة ، لأن الخصم يدعي

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٠ ب ١٤ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٨ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩١ ب ١٤ ح ٢ .

الفرق ، و يحتج عليه بالخبر الصحيح ، و هو الفارق بين الكتابة و اللفظ المشترك في السببية بين الغائب والحاضر ، فكيف يدعى عدم تأثير الغيبة والحضور؟ وبذلك انقطع الأصل الذي ادعوه ، و ثبت سببية الطلاق .

وأما دعوى ترجيح الأول بموافقة الأصل والشهرة في العمل ففيه: أن الصحيح مقدم على الحسن ، فلا تعارض ، ثم إن المقيّد مقدم على المطلق ، انتهى .

أقول : ما ذكره - رحمه الله - وإن ترائى أنه جيد ، ولذا تبعه فيه جملة ممن تأخّر عنه كالمحدث الكاشاني في المفاتيح والفاضل الخراساني في الكفاية ، إلا أنه لا يخفى على المتتبع أن الذي عهد من الشارع في أبواب العقود والایقاعات والقرارات وضوحها إنمّا هو الألفاظ والأقوال الدالة على هذه المعاني دون مجرد الكتابة ، ولهذا لم يجوزها أحد بالكتابة ، ويبعد اختصاص الطلاق بهذا الحكم لعدم ظهور خصوصيته له بذلك ، وبعضه ماورد في بعض الأخبار إنمّا يحرم الكلام ، ويؤكدّه أيضاً الحصر في أنت طالق المستفاد من الروايات المتقدمة حسبما تقدم تحقيقه ، فإنه كما يكون الحصر في هذه الصيغة موجباً لنفي ما سواها من الصيغ اللفظية فكذلك الكتابة ، لأنها عندهم من جملة الصيغ الموجبة للطلاق . هذا مع ما في تحقق الشهادة في هذه الصورة من الاشكال ، فإنّ الاشهاد إنمّا يطلق حقيقة على سماع لفظ الطلاق من المطلق ، فإنه بمجرد سماع ذلك منه يجب بشهادة الشاهدين الحكم عليه بوقوع الطلاق .

وأما في الكتابة حيث قيّدوها بالقصد إلى الطلاق الذي لا يعلم إلا بإقراره واعترافه ، فيشكل الشهادة على مجرد رؤية الكتابة حال الكتابة أو بعدها ، على أن ما ذكره من جواز كون منعه ^{إلّا} من وقوع الطلاق لعدم النية بالكتابة ، أو لعدم العلم بالنية أو الحضور جمعاً بين الأخبار مدخول بأنّ قوله ^{إلّا} ليس ذلك بطلاق حتّى يتكلّم به في صحيحة زرارة ، وقوله في صحيحة ابن اذينة ليس بشيء حتّى ينطق به ، ظاهر في أن عدم الصحة إنمّا استند إلى عدم النطق والتكلّم

- نوى أو لم ينو ، حفر أو غاب ، علمت البيئته (النية خل) أم لا - لا إلى عدم النية أو عدم العلم بها أو عدم الحضور كما ادعاه ، وأن المدار إنما هو على النطق ، والكلام و هو بحمد الله سبحانه ظاهر لذوي الأفهام ، و به يظهر بطلان ما ادعاه من الجمع في المقام .

و هل يشترط في الشهادة أيضاً رؤية حال الكتابة أو يكفي رؤيتها بعد ذلك ، قال في المسالك : وجهان ، والأول لا يخلو من قوة ، لأن ابتداءها هو القائم مقام اللفظ لا استدامتها ، وإنما تعلم النية بإقراره ، و لو شك فيها فالأصل عدمها ، وحينئذ فتكون الكتابة كالكناية ، ومن ثم ردها الأصحاب مطلقاً طراداً للقاعدة مع أنهم نقضوها في مواضع كما ترى .

أقول : وهذا أيضاً مما يوهن هذا القول لما صرحوا به بل أجمعوا عليه من اشتراط الصراحة في صيغة الطلاق وعدم جواز وقوعه بالكتابة .

وبالجملة فالمسألة عندي محل توقف ، ولعل الخبر المذكور إنما خرج مخرج التقيّة ، ولا يحضرني الآن أقوال العامة في المسألة ، فليلاحظ ذلك .

قال في المسالك : ولا فرق في الغائب بين البعيد بمسافة القصر وعدمه ، مع احتمال شموله للغائب عن المجلس لعموم النص ، و الأقوى اعتبار الغيبة عرفاً ، و لتكن الكتابة للكلام المعتبر في صحة الطلاق كقوله : فلانة طالق ، أو يكتب إليها : أنت طالق ، و لو علّقه بشرط كقوله : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فكتعليق اللفظ .

أقول : احتمال شموله للغائب عن المجلس غير جيد ، فإن النص و هو صحيحة الثمالي تضمن الغائب عن أهله ، وهو لا يصدق إلا على المسافر عن بلده . نعم لو كان بلفظ الغائب خاصة ، لربما أمكن ما ذكره .

و أما ما ذكره من كون الكتابة بالكلام المعتبر في صحة الطلاق كقوله فلانة طالق ففيه : أن تعين هذه الصيغة بمقتضى الدليل إنما هو بالنسبة إلى

التلفظ بالطلاق ، وأما أحاديث الكتابة - فهي مطلقة وتخصيصها يحتاج إلى دليل ، وكما خرج عن أخبار وجوب اللفظ بهذا الخبر فليخرج عنها أيضاً بالعمل بإطلاق هذه الأخبار من إيقاع الكتابة بأي لفظ من هذه المادة عملاً بإطلاق الأخبار المذكورة والتقيد إنما ثبت في العبارة اللفظية .

اتمام

نعم لو تعذر النطق كفت الكتابة والاشارة من غير خلاف يعرف ، ومنه الآخرس ، فيصح طلاقه بذلك كما تصح سائر عقوده وأقاريه وعباراته ، ولا بد من فهم الشاهدين ذلك منه ليحكم عليه به ، والظاهر تقديم الكتابة إذا كان ممن يكتب على الاشارة كما اختاره ابن إدريس ، لأنها أقوى في الدلالة على المراد ، لكن لا بد أن يفهم أنه نوى بها الطلاق .

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) عن البرنطي في الصحيح في بعض الطرق قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ثم يصمت ولا يتكلم ، قال : يكون آخرس ؟ قلت : نعم ، فيعلم منه بقصاً لامرأته وكرهته لها ، أيجوز أن يطلق عنه وليه ؟ قال : لا ، ولكن يكتب ويشهد على ذلك ، قلت : أصلحك الله فإنه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها ؟ قال : بالذي يعرف منه به من فعاله ، مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها .

وما رواه في الكافي ^(٢) عن أبان بن عثمان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الآخرس ، قال : يلف قناعها على رأسها ويجذبه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٦ ،

الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٩ ب ١٩ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ ح ٢ .

و عن السكوني ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعتزلها .

ورواه الشيخ ^(٢) بسند آخر عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .
ومارواه في الكافي ^(٣) عن يونس « في رجل أخرج كسب في الأرض بطلاق امرأته فقال : إذا فعل في قبل الطهر بشهود ، وفهم عنه كما يفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه على السنة » .

وهذه الأخبار كلها متفقة الدلالة على ما ذكره . ونقل عن الصدوقين وجاعة من الأصحاب أنهم اعتبروا فيه إلقاء القناع على المرأة ، يري أنها قد حرمت عليه لرواية السكوني وأبي بصير ، ومنهم من خيّر بين الإشارة وإلقاء القناع ، ومنهم من جمع بينهما ، والتحقيق الاكتفاء بما يفهم ذلك كائناً ما كان ، وذكر بعض الأفراد في الأخبار إننا خرج مخرج التمثيل .

ورابعها : أنه لا خلاف بين علماء العامة في صحة التخيير بمعنى تفويض الزوج أمر الطلاق إلى المرأة وتخييرها في نفسها قاصداً بذلك الطلاق ، فإذا اختارت نفسها وقوع الطلاق ، وأن ذلك بمنزلة توكيلها في طلاق نفسها ، فالتخيير كناية عن ذلك ، واحتجوا بأية التخيير النازلة على النبي صلى الله عليه وآله بعد اعتزاله أزواجه .

وأما أصحابنا فقد اختلفوا في ذلك ، فذهب جمع منهم ابن الجنيّد وابن أبي عقيل والسيّد المرتضى ، ونقل عن ظاهر الصدوق إلى وقوع الطلاق به إذا اختارت نفسها بعد تخييره لها على الفور مع اجتماع الشرائط من الاستبراء وسماع الشاهدين ،

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٤ ح ١٦٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٣ عن علي بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠١ ب ١٩ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٤ ح ١٦٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ ح ٤ .

والمشهور - وهو مذهب الشيخ، وبه صرح الشيخ علي بن بابويه في الرسالة
وجملة المتأخرين - عدم وقوع الطلاق به .

قال ابن الجنيدي على ما نقله في المختلف: إذا أراد الرجل أن يخيّر امرأته
اعتزلها شهراً وكان على طهر من غير جماع في مثل الحالة التي لو أراد أن يطلقها
فيه طلقها، ثم خيّرهما فقال لها: قد خيّرتك أو جعلت أمرك إليك، ويجب أن
يكون ذلك بشهادة، فإن اختارت نفسها من غير أن تشاغل بحديث من قول أو فعل
كان يمكنها أن لا تفعل صح اختيارها، وإن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها
ماضياً، وإن اختارت في جواب قوله لها ذلك وكان مدخولاً بها وكان تخييرها إياها
عن غير عوض أخذه منها كان كالتطبيق الواحدة التي هو أحق برجعته في عدتها،
وإن كانت غير مدخول بها فهي تطليقة بائنة، وإن كان تخييرها عن عوض فهي بائن
وهي أملك بنفسها، وإن جعل الاختيار إلى وقت معينة واختارت قبله جاز اختيارها،
وإن اختارت بعده لم يجز .

وقال ابن أبي عقيل: والخيار عند آل الرسول ﷺ أن يخيّر الرجل امرأته
ويجعل أمرها إليها في أن تختار نفسها أو تختاره بشهادة شاهدين في قبل عدتها، فإن
اختارت المرأة نفسها في المجلس فهي تطليقة واحدة وهو أملك برجعته مادامت
لم تنقض عدتها، وإن اختارت فليس بطلاق، ولو تفارقا ثم اختارت المرأة نفسها
لم يقع شيء، ولو قال لها: قد جعلت أمرك بيدك فاخاري نفسك في مجلسك،
فسكتت أو تحولت عن مجلسها بطل اختيارها بترك ذلك، وإن سمى الرجل في
الاختيار وقتاً معلوماً ثم رجع عنه قبل بلوغ الوقت كان ذلك له، وليس يجوز
للزوج أن يخيّرهما أكثر من واحدة بعد واحدة، وخيار بعد خيار بطهر وشاهدين،
فإن خيّرهما أكثر من واحدة أو خيّرهما أن تخيّر نفسها في غير عدتها كان ذلك
ساقطاً غير جائز، وإن خيّر الرجل أباه أو أخاه أو أحداً من أوليائها كان اختيارها .
وقال الشيخ علي بن بابويه: ولا يقع الطلاق بإجبار ولا إكراه ولا على

شك ، فمنه طلاق السنة ، وطلاق العدة - إلى أن قال : - ومنه التخير . ولما بحث عن تلك الأقسام إلى أن وصل إلى التخير فقال : وأما التخير فأصل ذلك ^(١) : إن الله عز وجل أنف لنبيه ﷺ بمقالة قالها بعض نسائه : أترى محمداً لو طلقنا لا نجد أكفأنا من فريش يتزوجونا ، فأمر الله عز وجل نبيه ﷺ أن يعتزل نساءه تسعة وعشرين يوماً ، فاعتزلهن النبي ﷺ في مشربة أم إبراهيم ثم نزلت هذه الآية دياًيتها النبي قل لا زواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتنعن واسرحكن سراحاً جميلاً * وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيماً ، ^(٢) فاخترن الله ورسوله فلم يقع طلاق . هذا ما حضرني من عبائر المتقدمين ، والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ، ثم الكلام فيها بما يستر الله عز وجل فهمه منها وجمعها على وجه يرسل به غشاة الاختلاف عنها .

فمنها ما رواه الصدوق في الفقيه ^(٣) في الصحيح عن ابن اذينة عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا خيرها وجعل أمرها بيدها في قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين فليس بشيء ، وإن خيرها وجعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها فهي بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن اختارت نفسها فهي واحدة ، وهو أحق برجعتها ، وإن اختارت زوجها فليس بطلاق .

ومارواه في الكتاب المذكور ^(٤) عن ابن مسكان عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الطلاق أن يقول الرجل لامرأته : اختاري ، فإن اختارت نفسها فقد بانث منه وهو خاطب من الخطاب ، وإن اختارت زوجها فليس بشيء ، أو يقول : أنت طالق ، فأبي ذلك فعل فقد حرمت عليه ، ولا يكون طلاق ولا خلع ولا مباراة

(١) مضمون ما جاء في الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ١ .

(٢) سورة الأحزاب - آية ٢٨ و ٢٩ .

(٣) (٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٥ ح ٢ و ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٨ ب ٤١ ح ١٤ و ١٥ .

ولأخيراً إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين» .

وعن الحلبي ^(١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يخير امرأته أو أباه أو وليها ، فقال : كلهم بمنزلة واحدة إذا رضيت» .

وعن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح عن الفضيل بن يسار ^(٢) في الصحيح وقال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لامرأته : قد جعلت الخيار إليك ، فاختارت نفسها قبل أن يقوم ، قال : يجوز ذلك عليه . قلت : فلها متعة ؟ قال : نعم . قلت : فلها ميراث إن مات الزوج قبل أن تنقضي عدتها ؟ قال : نعم ، وإن ماتت هي ورثها الزوج» .

وأقول : ولنفرد صاحب الفقيه بهذه الأخبار نسب إليه القول بمضمونها كما تقدمت الإشارة إليه .

ومارواه في التهذيب ^(٣) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : رجل خير امرأته ، قال : إنما الخيار لها مادام في مجلسهما ، فإذا افترقا فلا خيار لهما . وبسند آخر عن زرارة ^(٤) مثله ، وزاد «أصلحك الله ، فإن طلقت نفسها ثلاثاً قبل أن يتفرقا من مجلسهما ؟ قال : لا يكون أكثر من واحدة ، وهو أحق برجعته قبل أن تنقضي عدتها ، قد خير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نساءه فاخترنه ، فكان ذلك طلاقاً ، قال : فقلت له : لو اخترن أنفسهن ؟ فقال : ما ظنك برسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لو اخترن أنفسهن ؟ أكان يمسكهن» .

وعن زرارة ومحمد بن مسلم ^(٥) في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال : لا خيار إلا على طهر من غير جماع بشهود» .

وعن زرارة ^(٦) عن أحدهما عليه السلام قال : إذا اختارت نفسها فهي تطليقة

(١) والفقيه ج ٣ ص ٣٣٥ ح ٤ وه ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٨ ب ٤١ ح ١٦ و ١٧ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٩ ح ٢٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٧ ب ٤١ ح ٧ وفيهما «تفرقا» .

(٣) والفقيه ج ٨ ص ٩٠ ح ٢٢٧ و ٢٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٨ و ٣٣٧ ب ٤١ ح ١٢ و ٨ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٩٠ ح ٢٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٧ ب ٤١ ح ٩ .

بائنة، وهو خاطب من الخطّاب، وإن اختارت زوجها فلا شيء .
وعن يزيد الكناسي^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا تراث المخيرة من زوجها شيئاً من عدتها، لأنّ العصمة قد انقطعت فيما بينها وبين زوجها من ساعتها، فلا رجعة له عليها ولا ميراث بينهما .
وعن حران^(٢) في الحسن قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما، لأنّ العصمة منها قد بائت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج .

أقول : وهذه الأخبار وما في معناها هي أدلة القول الآخر في المسألة .
وأما ما يدلّ على القول المشهور وهو المؤيد المنصور كما سيظهر لك إن شاء الله غاية الظهور فمنها :

مارواه في الكافي^(٣) في الموثق عن عيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل خسر امرأته فاختارت نفسها، بانت منه ؟ فقال: لا، إنما هذا شيء كان لرسول الله ﷺ خاصة أمر بذلك ففعل ، و لو اخترن أنفسهنّ لطلّقهنّ ، وهو قول الله عز وجل «قل لأزواجك إن كنتمنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعننّ» واسرحكنّ سراحاً جميلاً .

أقول : ظاهر الخبر المذكور أنّه لا بدّ بعد اختيارها نفسها من الطلاق من الزوج، لأنّها تبين بمجرد الاختيار أو يحصل الطلاق بذلك ، بل لا بدّ من اتّباعه بالطلاق ، و أنّه ﷺ لو اخترن أنفسهنّ لطلّقهنّ ، ولا يخفى أنّ ظاهر الآية المذكورة ذلك ، إلّا أنّه منافي لأخبار المسألة كما عرفت وتعرف ، إلّا أن يقال :

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٠ ح ٢٢٥ و ٢٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٧ و ٣٣٨ ب ٤١ ح ١٠

و ١١ والظاهر أنّ «يزيد الكناسي» هو الصحيح .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٨٧ ح ٢١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ب ٤١

إنّ هذا إنّما هو بالنسبة إليه ﷺ كما هو مورد الخبر ، لكن الظاهر أنّه لا قائل بالفرق .

قال الشيخ في كتابي الأخبار^(١) بعد نقل هذا الخبر: قال الحسن بن سماعة: وبهذا الخبر تأخذ في الخيار .

وما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخيار ، فقال : وما هو وما ذاك ؟ إنّما ذاك شيء كان لرسول الله ﷺ .

وعن محمد بن مسلم^(٣) في الموثّق «قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّني سمعت أباك يقول : إنّ رسول الله ﷺ خير نساءه فاخترن الله ورسوله فلم يمسكهن على الطلاق ولو اخترن أنفسهن لبن ، فقال : إنّ هذا حديث كان أبي يرويه عن عائشة: وما للناس والخيار، إنّما هذا شيء خص الله عز وجل به رسوله ﷺ . أقول : لعل الوجه في نسبته عليه السلام هذا الخبر إلى رواية أبيه عليه السلام عن عائشة المؤذن بكذبه هو ما اشتمل عليه من أنّهن لو اخترن أنفسهن لبن ، حيث إنّ ظاهر الخبر الأول الاحتياج إلى الطلاق بعد الاختيار ، وإلاّ فإنّه ليس فيما نقله زرارة عن أبيه عليه السلام ما يخالف الواقع في القصة .

وما رواه في الكافي^(٤) عن زرارة في الموثّق «قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إنّ الله عز وجل أنف لرسول الله ﷺ عن مقالة قالتها بعض نساءه ، فأنزل الله تعالى آية التخيير ، فاعتزل رسول الله ﷺ تسعة وعشرين ليلة في مشربة أم إبراهيم ، ثم دعاهن فخيرهن فاخترنه فلم يك شيئا ، فلو اخترن أنفسهن كانت واحدة بآئنة . قال : و سألته عن مقالة المرأة ماهي ؟ قال : إنّها قالت «ترى محمداً ، أنّه لو طلقنا إنّّه لا يأتينا الأكفاء من قومنا يتزوجونا» .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٨٨ ذيل ح ٢١٨ وفيه «وبهذا الحديث تأخذ في الخيار» ،

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ب ٤١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ١ مع اختلاف يسير .

وعن محمد بن مسلم ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل إذا خير امرأته، فقال: إننا الخيرة لنا ليس لأحد، وإننا خير رسول الله ﷺ ملكان عائشة، فاخترن الله ورسوله، ولم يكن لهن أن يخترن غير رسول الله ﷺ.

قوله عليه السلام «إننا الخيرة لنا» يعني باعتبار اختصاص ذلك برسول الله ﷺ ومنزلتهم معه واحدة. وقوله «ملكان عائشة» قيل في معناه: إنه لما لم يطلقهن بل خيرهن لأنه ﷺ كان يحب عائشة لحسنها وجمالها، وكان يعلم أنهن لا يخترن غيره لحرمة الأزواج عليهن. أو أن السبب الأعظم في هذه القضية كان سوء معاشرة عائشة، وقلة احترامها له ﷺ.

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٢) بعد أن ذكر في صدر البحث أقسام الطلاق إجمالاً: وإن منه طلاق السنة وطلاق العدة وطلاق الغلام - ثم شرح هذه الأشياء كلاً على حدة إلى أن قال: وأما التخير فأصل ذلك أن الله أنف لنبيه ﷺ بمقالة قالتها بعض نساؤه، إلى آخر ما في عبارة الشيخ علي بن بابويه - رحمه الله - حيث إنها مأخوذة من الكتاب المذكور على ما عرفت في غير موضع مما تقدم. أقول: والأقرب عندي هو القول المشهور لوجوه: (أحدها) أن مقتضى القاعدة المنصوصة - المتفق على ورودها عنهم عليه السلام - من عرض الأخبار مع الاختلاف بل بدونه على مذهب العامة والأخذ بخلافه - هو حمل أخبار الوقوع على التقية، ولذلك أن الشيخ أيضاً حملها على ذلك، لاتفق العامة على ما دلت هذه الأخبار عليه، ويؤيده اختلاف الأخبار باختلافهم في أحكامه من كونه طلاقاً رجعيّاً أو بائناً ونحو ذلك.

(و ثانيها) أنه مع العمل بأخبار الوقوع فإنه يلزم طرح الأخبار الدالة على العدم، إذ لا محمل لها، ومن القواعد المقررة عندهم أن إعمال الدليلين مهما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣٩ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ب ٤١ ح ٢ وفيهما وأن يخترن.

(٢) فقه الرضا ص ٢٤١ و ٢٤٤ مع اختلاف يسير.

أمكن أولى من طرح أحدهما .

(وثالثها) تأييد أخبار المنع بجملة من الأخبار الدالة على عدم صحة تفويض أمثال ذلك إلى النساء .

و منها ما رواه في الكافي^(١) عن الحسن بن علي بن فضال عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة تكحها رجل فأصدقته المرأة و اشترطت عليه أن ييدها الجماع و الطلاق فقال : خالف السنة و ولي الحق من ليس أهله ، و قضى أن على الرجل الطلاق ، وأن ييده الجماع والطلاق ، و تلك السنة .

و ما رواه في الفقيه و التهذيب^(٢) في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في رجل تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت أن ييدها الجماع و الطلاق ، قال : خالف السنة و وك الحق من ليس بأهله ، قال : قضى أن على الرجل النفقة ، و ييده الجماع و الطلاق ، و ذلك السنة .

أقول : في الفقيه « فأصدقته » مكان « فأصدقها » وأن عليه الصداق ، بدل « على الرجل النفقة » .

و ما رواه في الكافي و التهذيب^(٣) عن مروان بن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : ما تقول في رجل جعل أمر امرأته ييدها ؟ قال : فقال : ولي الأمر من ليس أهله و خالف السنة و لم يجز النكاح .

و قد اشتركت هذه الأخبار في الدلالة على أن جعل الطلاق بيد المرأة خلاف

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٠ ب ٤٢ ح ١ وفيهما « أن على الرجل الصداق » .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٨٨ ح ٢٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ب ٤١ ح ٥ .

السنة النبوية و الشريعة المحمدية ﷺ ، فكل ما خالفها فهو باطل البتة ، حتى أنه ﷺ في الحديث الأخير حكم بطلان النكاح ، و مروره كما ترى مرورد تلك الأخبار لأنه قال فيه : « إنه جعل أمر امرأته بيدها » و هذا هو معنى التخيير فهو أصرح الأخبار في بطلان التخيير ، إذ لو كان ذلك سائفاً كما يدعونه لصح شرطه في العقد ولم يحكم ببطلان النكاح ، والخبر كما ترى على خلافه .

و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - باعتبار تصلبه في العمل بهذا الاصطلاح المحدث - ترجيح القول بالوقوع لرجحان أخباره بالكثرة و الصحة و الصراحة ، قال - رحمه الله - : « أجاب الماتعون عن الأخبار الدالة على الوقوع بحملها على التقيّة ، ولو نظروا إلى أنها أكثر و أوضح سنداً و أظهر دلالةً لكان أجود ، و وجه الأول واضح ، والثاني أن فيها الصحيح والحسن والموثق ، و ليس فيها ضعيف ، بخلاف أخبار المنع ، فإن فيها الضعيف والمرسل والمجهول .

أقول : لا يخفى أن الحمل على التقيّة لا تنافيه صحة الأخبار وتكاثرها ، بل لو ادعى كون ذلك مؤكداً للحمل على التقيّة لكان أقرب لشيوع التقيّة و خفاء الحق الواقعي بملك البليّة ، فلا جرم قلت أخباره و قلّ انتشاره على أن هذا الاصطلاح المحدث لا وجود له عند أصحابنا المتقدمين ، بل الأخبار كلها صحيحة عندهم بهذا الاعتبار ، وإثماً الضعف بوجوه آخر لا تعلق لها بالسند كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب في أول جلد كتاب الطهارة ^(١) ، والقاعدة المروية عنهم ﷺ في تعارض الأخبار صادقة على الجميع ، لا اختصاص لها بمادة دون أخرى ، و لا ريب في صدقها على ما نحن فيه ، فيجب العمل بمقتضاها ، إلا أنه لما كانت هذه القاعدة مطروحة في كلامهم - كما لا يخفى على من خاض بحور نقضهم

وإبراهيم - وأن بما اخترعوا لهم في الجمع بين الأخبار لا وجود لها في السنة ولا في الكتاب من حمل النواهي الكراهة والأوامر على الاستحباب، ضربوا عنها صفحاً، وطووا عنها كشحاً بمثل هذه التعليقات العليلة ونحوها .

تفريعات على القول بالتخيير

الأول : أنه هل يكون الطلاق الواقع بالتخيير إذا اختارت نفسها طلاقاً رجعيّاً أم بائناً؟ ظاهر عبارة ابن أبي عقيل المتقدمة أنه يكون رجعيّاً، وعليه تدلّ من أخبار التخيير المتقدمة صحيحة محمد بن مسلم المروية في الفقيه، لقوله فيها «وهو أحق» برجعتهما، ونحوها صحيحة الفضيل بن يسار لحكمه فيها بالموارثة التي هي فرع بقاء الزوجية، ورواية زرارة لقوله فيها «وهو أحق» برجعتهما قبل أن تنقضي عدتها .

وقيل: إنها تكون بائنة، وعليه تدلّ من الأخبار المذكورة رواية الصيفل، لقوله فيها «فإن اختارت نفسها فقد بانت منه، وهو خاطب من الخطاب» ورواية زرارة الأخرى لقوله فيها «إذا اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة، وهو خاطب من الخطاب» ورواية بريد [يزيد] الكناسي، وهي أصرح الجميع، ونحوها حسنة جمران، والظاهر أن هذا الاختلاف في هذه الأخبار منشؤه اختلاف العامة في ذلك، ولكن لا يحضرني الآن نقل مذاهبهم، إلا أنك لما عرفت أن هذه الأخبار إنما خرجت مخرج التقيّة وجميع ما تضمنته إنما هو من أقوالهم، فالظاهر أن منشأ هذا الاختلاف فيها هو ما ذكرناه .

وكيف كان فهو ممّا يوهن التمسك بها والاعتماد عليها إذ لا حاجة للجمع بينها في ذلك، فلم يبق إلا تعارضها وتساقطها .

وظاهر كلام ابن الجنيد المتقدم أن كون ذلك رجعيّاً أو بائناً إنما هو باعتبار أمر آخر، وهو أنه إن كان التخيير بعوض كان بائناً، كالطلاق بالعوض وإلا كان رجعيّاً .

قال في المسالك : وفيه جمع بين الأخبار ، وفيه أنه لا يسكاد بشم لهذا التفصيل ولا لهذا العوض رائحة في الأخبار بالكليّة ، وكيف يكون جمعاً بينها مع أنه لا إشارة في شيء من الأخبار إليه فضلاً عن الدلالة الظاهرة عليه ، بل ظاهر سياق الأخبار المذكورة بل صريحها أن "كلّاً من الأمرين إنّما يترتب على مجرد التخيير ، ولا دليل على العوض بالكليّة ولا سيّما رواية بريد [يزيد] الكناسي وحسنه حران ، فإنّهما تناديان بأوضح دلالة على أن "نفي الميراث وانقطاع العصمة والبينونة وعدم الرجعة إنّما يترتب على اختيارها نفسها خاصة ، ودعوى كون ذلك بعوض إنّما هو من قبيل الرمي في الظلام والقياس في الأحكام الذي منعت منه شريعة الملك العلّام ، إذ مرجع ما ذكره إنّما هو إلى أنه حيث ثبت ذلك في الطلاق بعوض أثبتناه في التخيير إذا كان ثمة عوض بل هذا أشدّ بعداً لعدم الجامع بين المقيس والمقاس عليه .

و بالجملة فإنّ "بعد هذا القول في المقام ممّا لا يخفي على ذوى الأفهام ، إلّا أن" شيخنا المذكور لمّا كان مائلاً إلى القول بالتخيير كما عرفت نشبّت في الذبّ عنه بذلك .

و أمّا قوله أيضاً على أثر ما تقدم - ويمكن الجمع بينها بحمل البائن على تخيير من لأعدة لها كغير المدخول بها واليايسة والرجعي على من لها عدة رجعيّة لأنّ "التخيير جائز للجميع على القول به - فهو في البعد مثل سابقه ، فإنّ سياق أخبار التخيير يناهض بأفصح لسان وأوضح بيان بأن ما تضمنته تلك الأخبار من الأحكام إنّما ترتّب على التخيير ، بمعنى أنه متى خيّر لها واختارت نفسها لزم كذا وكذا ، أمّ من أن تكون ذات عدة أم لا ، ومقتضى ما ذكره من احتمال الجمع بما ذكر إنّما هو ترتّب البينونة وعدم الارث وعدم الرجعة على عدم الدخول بها أو على كونها يائسة ، والأخبار خالية من الإشعار به ، بل ظاهرها كما عرفت إنّما هو ترتّب ذلك على مجرد التخيير ، وبالجملة فإنّ مقتضى إطلاق هذه الأخبار

هو ما ذكرناه ، والتخصيص يحتاج إلى دليل وليس فائس .

الثاني : عبارة ابن أبي عقيل المتقدمة اشتراط وقوع الخيار في المجلس قبل التفرق لقوله « وإن اختارت نفسها في المجلس فهي تطليقة واحدة » وعليه تدل رواية زرارة لقوله فيها « إنما الخيار لها ما دام في المجلس فإذا افترقا فلا خيار لها » وصحيفة محمد بن مسلم وهي الأولى لقوله فيها « فهي بالخيار ما لم يتفرقا » وقوله في صحيفة الفضيل بن يسار « واختارت نفسها قبل أن تقوم » وهو وإن كان في كلام الراوي ، إلا أن « الحجة » تقرير الامام عليه السلام ، وإطلاق المجلس يقتضي عدم الفرق بين طول المجلس وقصره ، وعدم الفرق بين تخلل كلام أجنبي بين التخيير والاختيار أم لا .

لكن « الظاهر من عبارة ابن الجنيد هو اتصال الاختيار بالتخيير اتصالاً عرفياً بمعنى عدم ضرر الفصل بالسعال ونحوه من الفصل القليل ، لقوله « فإن اختارت نفسها من غير أن تشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صح » اختيارها ، وإن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها ماضياً . انتهى وظاهره فورية التخيير ، وعلى هذا يكون المجلس كناية عن هذا الاتصال العرفي إلا أنه ينافيه قوله « ما لم يتفرقا » في رواية زرارة وصحيفة محمد بن مسلم ^(١) و« قبل أن يقوم » في صحيفة الفضيل فإن ظاهره أن « الغاية المبطللة للخيار هي التفرق عن المجلس ، فما لم يتفرقا وإن طال الجلوس أو حصل الفصل فإنه لا يبطل التخيير وعلى هذا فما ذكره ابن الجنيد من هذا الشرط لا دليل عليه من الأخبار المذكورة .

(١) وصحيفة محمد بن مسلم أظهر دلالة على ذلك حيث أنه قال : « فهي بالخيار ما لم يتفرقا » فجعل الغاية في سقوط الخيار هو التفرق خاصة ، وكذا قوله في صحيفة الفضيل « قبل أن يقوم » فإن الجميع ظاهر في صحة التخيير وإن طال الجلوس في مقامها وجواز الفصل بكلام أجنبي طال أو قصر ما لم يحصل التفرق . (منه - قدس سره -).

وبذلك يظهر أن ما ذكره في هذا المقام - من أنه إذا كان بمنزلة عقد التمليك لم يكن العبرة بالمجلس بل بالمقارنة، وإن جعل بمنزلة التوكيل لم يكن المجلس أيضاً معتبراً بل يجوز مع التراخي - لأمعنى له ، بل إن الذي ينبغي أن يقال بناءً على ما قالوه من صحة التخيير: إن هذا حكم برأسه والمجلس فيه أثر على الوجه المتقدم في الأخبار بالتقريب الذي شرحناه. وأما بناءً على ما قلناه من عدم القول بذلك ، فإن الوجه فيه أنه حيث كان العامة القائلون بهذا القول قد اشترطوا فيه هذا الشرط خرجت الأخبار مصرحة به وفقاً لهم .

الثالث: يشترط في هذا التخيير عند القائل به ما يشترط في صحة الطلاق من استبراء المرأة وسماع الشاهدين وغير ذلك، وهل يكفي سماعهما نطقها خاصة، أو يعتبر سماعهما نطقهما معاً؟

قال في المسالك : ظاهر الرواية والفتوى الأول، وأن الفراق يقع بمجموع الأمرين فيعتبر سماعهما من الشاهدين، فينزل حينئذ منزلة الخلع حيث يقع البذل من جانبها والطلاق من جانبها، وإن اختلفا في كون الطلاق هنا من جانبها ويحتمل الاكتفاء بسماع اختيارها ، لأن الفراق إنما حصل به، ولهذا لو ردت أدخارته لم يقع ، فيكون ذلك بمنزلة تفويض الطلاق إليها ، فلا يشترط إلا سماع مادل على الطلاق لاسماع ما هو بمنزلة الوكالة فيه، انتهى .

أقول : أتفقت النسخ على لفظ الأول في قوله دظاهر الرواية والفتوى الأول، ومنها نسخة بخط المصنف - رحمه الله عليه - والأنسب في التعبير إنما هو الثاني عوض لفظ الأول لأن العبارة المتقدمة كما ذكرناه هو أنه هل يكفي سماعهما نطقها خاصة أو يعتبر سماعهما نطقهما معاً؟ والأول منهما هو الاكتفاء بسماع نطقها خاصة ، والثاني هو سماعهما نطقهما معاً ، والذي ادعاه من النص والفتوى ورتب عليه الكلام بقوله «أن» الفراق يقع بمجموع الأمرين... إلخ، إنما يتجه على الثاني ، وبذلك على ذلك أيضاً قوله أخيراً «ويحتمل الاكتفاء

بسماع اختيارها، وهذا هو الأول قد جملة احتمالاً. وبالجمله فالظاهر وقوع السهو من قلم المصنف في التعبير بلفظ الأول في هذا المقام، وإثماً حقه أن يقول الثاني.

وكيف كان فالذي تقدم في أخبار المسألة ممّا يدلّ على ذلك ما تضمنته صحيحة محمد بن مسلم من قوله «وإن خيرها أو جعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين... إلخ»، وهو ظاهر في كون شهادة الشاهدين على تخيير الرجل لها أو جعله الأمر بيدها مع اختيارها إن اختارت نفسها، وهو ظاهر فيما ادعاه من كون الشهادة على الأمرين وما تضمنته رواية الصيقل من قوله «ولا يكون تخيير إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين»، وهو أيضاً يرجع إلى الأول، وإن كان الأول أظهر. وما في صحيحة زرارة ومحمد بن مسلم من قوله «إلا لا خيار إلا على طهر من غير جماع بشهود»، وهو يرجع إلى سابقه، والمعنى فيهما أنه لا خيار أو لا تخيير بأن يخيّر الرجل امرأته فتختار نفسها إلا بهذه الشروط.

وأما الاحتمال الذي ذكره أخيراً فهو جيد من حيث الاعتبار كما ذكره - رحمه الله - إلا أن ظواهر النصوص على خلافه، والأظهر هو الوقوف على مقتضى ما دلّت عليه الأخبار.

الرابع: قال في المسالك: يجوز له الرجوع في التخيير مطلقاً، وهو الظاهر من رواية زرارة «إثماً الخيار لهما مادام في مجلسهما، ولأنه إن كان تملكاً كان الرجوع فيه قبل القبول جائزاً، وإن كان توكيلاً فكذلك بطريق أولى، ومقتضى قوله «إن» الخيار لهما مادام في المجلس، جواز فسخه لكل منهما في المجلس وإن وقع التخيير من كل منهما، وهو مشكل من جانبها مطلقاً، إذ لا خيار لها في الطلاق مطلقاً، ومن جانبها لو كان بائناً، إلا أن الأمر فيه أسهل لامكان تخصيصه بالرجعي.

أقول: الظاهر أن المعنى في قوله «إلا لا خيار» في خبر زرارة «إثماً الخيار لهما

ماداما في مجلسهما، إنما هو أنه متى خيّرهما فاختارت نفسها فإنه يشترط أن يكون في مجلس واحد، بمعنى أنه لو خيّرهما وسكنت حتى تفراقا ثم اختارت نفسها لم يقع، فلا بد من أن يكون التخيير منه والاختيار منها في مجلس واحد. ويشير إلى ذلك قوله في صحيحة محمد بن مسلم «فإن خيّرهما أو جعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها فهي بالخيار مالم يتفراقا، فإنه دال على أنه يشترط أن يكون اختيار نفسها في مجلس تخيير الزوج لها، لا بعد مفارقتها، وفي معناه صحيحة الفضيل.

وبالجملة فالمراد بالخيار هو التخيير الذي يترتب عليه الفراق لا الخيار في الرجوع عن مقتضى التخيير كالخيار في سائر العقود بمعنى فسخا، حتى أنه يدعى أنه مقتضى قوله «إن الخيار لها ماداما في المجلس، جواز فسخه لكل منهما في المجلس، وإن وقع التخيير من كل منهما، وكيف يتم الفسخ بعد اختيارها نفسها وأكثر الأخبار قد دل على أنها باختيارها نفسها قد باتت منه وانقطعت العصمة بينهما من ساعته كما صرح به حسنة بكير، ورواية يزيد [يزيد] الكناسي، وكيف يتم الفسخ بعد حصول البيئونة وانقطاع العصمة، وعلى تقدير الروايات الأخر الدالة على أنه بمنزلة الطلاق الرجعي كيف يتم لها فسخ الطلاق حسبما ذكره من أنه لا خيار لها في الطلاق مطلقاً، وبهذا يظهر لك أن حمله الرواية على ما ذكره - من جواز الرجوع في التخيير بمعنى فسخه من الزوج أو من كل منهما - ليس في محله، وإنما المعنى فيها ما قلناه.

وأما تكرارهم التفريع على التمليك أو التوكيل فقد عرفت أن الظاهر أن يقال: إن هذا حكم برأسه عند من قال به، يترتب عليه من الأحكام ما دلت عليه أخباره. وخامسها: قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يشترط تجريد صيغة الطلاق من الشرط والصفة. بل ادعى عليه ابن إدريس كما نقل عنه الإجماع، ومثله شيخنا الشهيد الثاني في الروضة، فإنه قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور: وهو موضع وفاق منا. وظاهرهم أن المستند فيه إنما

هو الاجماع، والظاهر أنه لذلك نسب المحقق في الشرائع الحكم المذكور إلى قول المشهور مؤذناً بالتوقف فيه والظعن في دليله . وظاهره في المسالك الميل أيضاً إلى ذلك ، قال - رحمه الله - : نبته بقوله على قول المشهور على ضعف مستنده ، فإنه ليس عليه نص ، وإنما أوردوا عليه أدلة ظاهريّة كقولهم : إن النكاح أمر ثابت متحقق ، ولا يزول إلا بسبب متحقق ، ووقوعه مع الشرط مشكوك فيه . وقولهم : إنه مع عدم الشرط إجماعي ، ولا دليل على صحته بالشرط ، ونحو ذلك ، فإن هذا كله مندفع بعموم الأدلة الدالة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع أعم من كونه منجزاً أو معلقاً على شرط .

وقال سبطه في شرح النافع بعد نقل ذلك عنه : وهو جيد لو ثبت ما ادعاه من العموم لكنّه محل نظر - ثم قال : - ويمكن أن يستدل على اعتبار هذا الشرط مضافاً إلى ما سبق بقوله ^(١) *إِنَّمَا الطَّلَاقُ أَنْ يَقُولَ لَهَا... أَنْتَ طَالِقٌ أَوْ اعْتَدِي* ، فإن الصيغة المعلقة على شرط أو صفة خارجة عن هذين اللفظين ، والمعتمد ما عليه الأصحاب ، انتهى .

أقول : ما ادعاه شيخنا المذكور من العمومات ليس في محله ، وإنما هنا إطلاقات ، والظاهر أن مراده ذلك ، فإنه يعبرون عن أحدهما بالآخر ، إلا أنه قد تقرر أن الإطلاق إنما يحمل على الأفراد الشائعة المتكررة ، فإنها هي التي يتبادر إليها الإطلاق ، دون الفروض النادرة ، ولا يرب أن المتكرر في الإطلاق إنما هو المنجز الغير المعلق ، بل ذكر المعلق إنما هو فرض أرادوا التنبيه على حكمه لو وقع .

نعم لو استدلل على صحة الطلاق مع التعليق بالأدلة الدالة على وجوب الوفاء

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٩ ضمن ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٧ ضمن ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩٥ ب ١٦ ضمن ح ٣ .

بالشرط لكان وجهاً ، إلا أنه يمكن الجواب عنه بأن النكاح والطلاق من الأمور التوقيفية يحتاج في ثبوتها إلى مادل شرعاً على ما يوجب النكاح أو الطلاق كما تقدم ذكره ، ولم يعلم من الشارع صحة الطلاق مع التعليق ، والأصل بقاء عصمة النكاح حتى يقوم الدليل الشرعي على انقطاعها . وبالجمله فالظاهر هو القول المشهور ، وهو الأوفق بالاحتياط ^(١) كما لا يخفى .

و المراد بالشرط المعلق عليه هو ما يحتمل وقوعه وعدمه كدخول الدار مثلاً ، وبالصفة ما لا بد من وقوعه عادة كطلوع الشمس ، وقد استثنى من الحكم بطلان الطلاق المعلق على الشرط ما إذا كان الشرط معلوم الوقوع عند إيقاع الصيغة كما لو قال : أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك ، وهو يعلم وقوعه ، فإن الطلاق هنا يقع صحيحاً حيث إنه لا تعليق في المعنى ، ونقل عن الشيخ أن الطلاق لا يقع لصدق تعليقه على الشرط ، وهم اتفقوا على بطلان الطلاق المعلق على الشرط وهذا منه ، لأن قوله : إن كان يقع بك ، شرط لغة وعرفاً ورده المحقق في الشرائع بأن ما ذكره حق إن كان المطلق لا يعلم ، وأما مع علمه بأن الطلاق يقع بها وهي مستكملة لشرائطه فلا .

وتوضيحه : أن التعليق على الشرط لم يكن مبطلاً من حيث كونه تعليقاً على شرط ، وإنما يبطل من حيث عدم التنجيز وإيقاعه في الحال ، فالمسند في صحته إنما هو على التنجيز ، ومطلق الشرط لا ينافيه ، بل الشرط الذي لا يعلم وقوعه ، وإلا فلو علم حال الطلاق أنها جامعة للشرائط من عدم الحيض وكونها في طهر لم يقر بها فيه فقد علم حينئذ صلاحيتها لوقوع الطلاق بها ، فإذا علّقه على وقوعه بها فقد علّقه على أمر يعلم حصوله حال الطلاق ، فلم يناف ذلك بتنجيزه بخلاف (١) فإن النكاح موجب لتحلل ما كان محرماً قبله ، والطلاق موجب لتحريم ما كان محللاً قبله ، فلا بد في كل من التحليل في الأول والتحريم في الثاني من موجب شرعي ودليل قطعي ، ولم يعلم من الشارع وقوع الطلاق المعلق ، ولا بيان حاله من أنه صحيح أو باطل كما لا يخفى (منه - قدس سره) .

ما لو جهل حالها ، وكذا القول في كل شرط يعلم وقوعه حالة الطلاق كقوله: إن كان يوم الجمعة فأنت طالق، مع علمه بأنه يوم الجمعة، فإن الطلاق يقع البتة، لأن الشرط في قوة الوصف، فكأنه قال بناءً على المثال الأول: أنت طالق في هذا الوقت الذي يقع فيه الطلاق بك، وأنت طالق في هذا اليوم بناءً على المثال الثاني. وسادسها: اختلف الأصحاب فيما لو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث، فهل يبطل الطلاق من أصله؟ أو يلغو التفسير وتصير واحدة؟ فولان: (الأول) للسيد المرتضى في الانتصار وسلار وابن أبي عقيل وابن حمزة (والثاني) للشيخ في النهاية والمرضى في القول الآخر وابن إدريس والمحقق والعلامة في المختلف وجماعة، والظاهر أنه هو المشهور سيما بين المتأخرين، واتفق الجميع على عدم وقوع المجموع، بمعنى أنه لا يقع ثلاثاً أو اثنين بمجرد قوله ذلك، بل لابد لوقوع العدد من تطلُّ الرجة، والأصل في هذا الاختلاف اختلاف الروايات والتعليقات. أما القول الثاني فإن العلامة في المختلف قد استدلت عليه بوجود المقتضى، وهو قوله «أنت طالق» وانتفاء المانع، إذ ليس إلا قوله ثلاثاً، وهو غير معارض لأنه مؤكّد لكثرة الطلاق وإيقاعه وتكثير سبب البيئونة، والواحدة موجودة في الثلاث لتركيبها منها ومن وحدتين أخرتين، ولا منافاة بين الكل وجزئه. فيكون المقتضى وهو الجزء خالياً من المعارض.

و رد^(١) بأنه ضعيف جداً لمنع كون الثلاث مؤكّدة للواحدة. أعني المقيّدة بقيد الوحدة - بل منافية لها، والموجود في ضمن الثلاث الواحدة لا بشرط، والمطلوب هنا الواحدة بشرط لا بمعنى المقيّدة بقيد الوحدة، وهي غير داخلية في الثلاث قطعاً. وهو جيّد، والأولى الرجوع إلى الأخبار، وها أنا أسوق ما حضرني من الأخبار الدالة على هذا القول

(١) الراد هو السيد السند في شرح النافع. (منه - رحمه الله -).

ج ٢٥ في الأخبار الدالة على وقوع الطلاق لو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث ٢٣٥

ومنها ما رواه في الكافي^(١) عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد وهي طاهر، قال: هي واحدة. وفي الصحيح أو الحسن^(٢) عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثاً؟ قال: هي واحدة.

وفي الصحيح عن أبي بصير الأسدي^(٣) ومحمد بن علي الحلبي وعمر بن حنظلة جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الطلاق ثلاثاً في غير عدة، إن كانت على طهر فواحدة، وإن لم تكن على طهر فليس بشيء، قوله «في غير عدة» أي إذا لم يكن للعدة، بأن يرجع في العدة ويجمع.

وعن عمرو بن البراء^(٤) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أصحابنا يقولون: إن الرجل إذا طلق امرأته مرة أو مائة مرة فإثماً هي واحدة، وقد كان يبلغنا عنك وعن آبائك عليهم السلام أنهم كانوا يقولون: إذا طلق مرة أو مائة مرة فإثماً هي واحدة، فقال: هو كما بلغكم.

وما رواه في التهذيب^(٥) عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام «في التي تطلق في حال طهرها في مجلس ثلاثاً، قال: هي واحدة».

وعن بكير^(٦) في الحسن أو الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن طلقها للعدة أكثر من واحدة فليس الفضل على الواحد بطلاق.

وما رواه الكليني^(٧) في الصحيح عن شهاب بن عبد ربّه عن أبي عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٠ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣١١ ب ٢٩ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٢ ب ٢٩ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧١ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣١١ و ٣١٢ ب ٢٩ ح ١ و ٧.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٥٣ ح ٩٠ و ٩١، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٢ و ٣١٤ ب ٢٩ ح ٣ و ١٢.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٢٥ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٢ ب ٢٩ ح ٤.

وفي حديث قال : قلت : فطلّقها ثلاثاً في مقصد ، قال : تردّ إلى السنة ، فإذا مضت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة .

و نحو رواية أبي عبد الله الوابشي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام .

و عن الكلبي النسابة^(٢) عن الصادق عليه السلام في حديث قال فيه : فقلت : فرجل قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً ، فقال : تردّ إلى كتاب الله وسنة نبيه . وعن محمد بن سعيد الأموي^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق ثلاثاً في مقصد واحد ، قال : فقال : أما أنا فأراهم قد لزمه ، وأما أبي فكان يرى ذلك واحدة .

أقول : الظاهر أن ما أفتى به عليه السلام من لزوم الطلاق و أنه يكون بائناً إنما خرج منخرج التقيّة ، و يؤيّد أن الراوي أموي ، والذي نقله عن أبيه هو الموافق للأخبار المذكورة ، وأورد شيخنا الشهيد في شرح الارشاد على الاستدلال بهذه الأخبار أن السؤال فيها ممن طلق ثلاثاً في مجلس وهو أعم من أن يكون بلفظ الثلاث أو بلفظ لكل واحد مرة ، و الثاني لا نزاع فيه ، فلم قلتم أنه غير مراد ، و بتقدير عدم تعيينه للإرادة يكون أعم من كل واحد ، و العام لا يستلزم الخاص .

و أجاب عنه في المسالك فقال : إن لنا الاستدلال بعمومه الشامل للقسمين فإن من من صيغ العموم ، فيتناول من طلق ثلاثاً مرسله ، كذا و بثلاثة ألفاظ ، وقد حكم على هذا العام بوقوع واحدة ، فيتناول بعمومه موضع النزاع كما هو شأن كل عام .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٣ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٤ ب ٢٩ ح ١٣ .

(٢) الكافي ج ١ ص ٣٥٠ ضمن ح ٦ طبع دار الكتب الإسلامية ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٢ ب ٢٩ ح ٥ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٥٣ ح ٩٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٤ ب ٢٩ ح ١٤ .

واعترضه سبطه في شرح النافع فقال : و عندي في هذا الجواب نظر ، فإن لفظة « من » ، وإن أفاد العموم وتناول كل مطلق ، لكن لفظ « طلق » مثبت فلا يفيد العموم على وجه يتناول أقسام الطلاق ، و عموم المطلق يتحقق بتناول اللفظ لكل مطلق أوقع الطلاق بثلاثة ألفاظ ، فلا يجب تناوله لمن طلق ثلاثاً بلفظ واحد مرسل ، مع أن المتبادر من قوله « طلق ثلاثاً » أنه أوقع الطلاق بثلاث صيغ ، إذ لا يصدق على من قال « سبحان الله عشراً » أنه سبح الله عشر مرات . وبالجمله فهذه الروايات غير دالة على المطلوب صريحاً و لا ظاهراً . انتهى ، و هو جيد وجهه كما لا يخفى على الفطن النبیه ، إلا أن آخر العبارة لا يخلو من خرازة ولعله لغلط وقع فيها .

و حق الكلام أن يقال : إذ لا يصدق على من قال « سبح الله عشراً » ، إلا أنه سبح الله عشر مرات لا أن يقول « سبحان الله » عشراً خاصة ، و نحو ذلك من الألفاظ المؤدية لهذا المعنى ، و يؤيد قوله في حسنة بكير أو موثقته المتقدمة إن طلقها للعدة أكثر من واحدة ، فليس الفضل على الواحد بطلاق ، فإن المراد منها كما هو الظاهر إنما هو تعدد الطلاق . وحينئذ فيحمل عليها إطلاق الأخبار المذكورة ، و كيف كان فإن لم يكن ما ذكرناه هو الأنظر من الأخبار المذكورة فلا أقل من كونه أحد الاحتمالين ، و به يبطل الاستدلال لقيام الاحتمال .

و معاً يدل على كونه واحدة متى تعددت العبارة ثلاثاً مثلاً و أن الزائد لغو - مضافاً إلى ما ذكره شيخنا الشهيد من أنه لا نزاع فيه - رواية إسحاق بن عمار الصيرفي ^(١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « أن علياً عليه السلام كان يقول : إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثاً في كلمة واحدة فقد بانت منه ، ولا ميراث بينهما ولا رجعة ، و لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، و إن قال : هي طالق ، هي طالق ، هي طالق فقد بانت منه بالاولى ، وهو خاطب من الخطاب ، إن شاءت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٣ ح ٩٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٥ ب ٢٩ ح ١٥ .

نكحته فكاحاً جديداً، وإن شاءت لم تفعل، وصدر الخبر إنهما خرج مخرج التقيّة، كما هو مذهب العامة، وعلى ذلك حمّله الشيخ وغيره، ويدلّ عليه ما رواه الشيخ^(١) عن أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كنت عنده فجاء رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثاً، قال: بانت منه. قال: فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: تطليقة. وجاء آخر فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: ليس بشيء. ثم نظر إليّ فقال: هو ما ترى، قال: قلت: كيف هذا؟ قال: هذا يرى أن من طلق امرأته ثلاثاً حرمت عليه، وأنا أرى أن من طلق امرأته ثلاثاً على السنة فقد بانت منه، ورجل طلق امرأته ثلاثاً وهي على طهر فإنما هي واحدة، ورجل طلق امرأته ثلاثاً على غير طهر فليس بشيء^(٢). أقول: في هذا الخبر دلالة على أنهم عليه السلام كثيراً ما يجيبون باعتبار علمهم بالحال، والأول كان من المخالفين وأجابه عليه السلام بما يوافق معتقده ظاهراً من حصول البينونة بمجرد الثلاث، ولكنه عليه السلام أراد مع وقوعه على السنة كما أوضحه. والثاني حيث كان من أصحابنا أجابه بما أجاب به أصحابه عليه السلام في هذه الأخبار حيث

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٤ ح ٩٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٥ ب ٢٩ ح ١٦.

(٢) أقول: ومن هذا القليل ما رواه في التهذيب [ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٢] في الصحيح عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام قال: وسأله رجل وأنا حاضر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد، فقال له أبو الحسن عليه السلام: من طلق امرأته ثلاثاً للسنة فقد بانت عنه، قال: ثم التفت إليّ فقال: يا فلان لا تحسن أن تقول مثل هذا.

أقول: الظاهر أن السائل كان مخالفاً فأجاب عليه السلام بجواب يظن أنه مطابق لسؤاله والحال أنه ليس كذلك لأنه أراد بطلاق السنة، هو الطلاق المشتمل على الرجوع بين الطلقات والدخول، فإن هذا هو المحرم ثانياً إذا كان ثلاثاً، والسائل يظن أن مراده ما سأل عنه من الطلاق ثلاثاً في مجلس واحد وأنه من السنة عنده، وقوله عليه السلام: «لا يحسن أن تقول مثل هذا» يعني أن يجب بالحكم الواقعي مع كونه موافقاً لمراد السائل يعتقد أنك أجبت بمقتضى اعتقاده الباطل. (منه - قدس سره -).

إنه فهم منه أنه طلق ثلاثاً في مجلس واحد . والثالث لما علم أنه طلق على غير طهر أجابه بالبطلان من حيث فوات أحد شروط الطلاق .

احتج من قال بالبطلان (أولاً) بأن الواحدة المنفردة - أعني المقيّدة بقيد الوحدة - غير مرادة فلا تقع ، لأن من جملة شرائط الصحة القصد إلى الطلاق ، والمقصود هو التطليقات الثلاث غير واقع إجماعاً ، ومرجه إلى أن المقصود غير واقع والصالح للوقوع غير مقصود ، لأنه غير مريد للواحدة المقيّدة بقيد الوحدة .

وأجيب عنه بأن قصد الثلاث يستلزم قصد كل واحدة ، وفيه ما تقدم في صدر المسألة في الجواب عما استدل به في المختلف .

(وثانياً) الروايات ، وهي التي عليها المعول في الاستدلالات ، لما عرفت ما في هذه الأدلة العقلية من المناقضات .

ومنها ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من طلق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ، من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله .

وعن علي بن إسماعيل ^(٢) قال : كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك روى أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة على طهر بغير جراح بشاهدين أنه يلزمه تطليقة واحدة ، فوقع بخطه عليه السلام : أخطأوا على أبي عبد الله عليه السلام أنه لا يلزم الطلاق ، ويرد إلى كتاب الله وسنته إن شاء الله . أقول : والذي يظهر لي في الجمع بين أخبار المسألة هو حمل ما دل أنها واحدة على ما إذا وقع الطلاق بصيغ ثلاث في مجلس واحد ، فإنه هو المتبادر من هذه العبارة بالتقريب الذي عرفته آنفاً ، وحمل الأخبار الدالة على أنه ليس بشيء

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٤ ح ٩٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٣ ب ٢٩ ح ٨ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٥٦ ح ١٠١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٦ ب ٢٩ ح ١٩ وفيهما اختلاف

وأنته باطل على ما إذا وقع الطلاق بصيغة واحدة تضمنت لفظ « ثلاثاً »، والعمامة هنا على لزوم الطلاق وكونه بائناً لا تحل له بعده إلا بالمحلل كما عرفت، والأئمة عليهم السلام قد ردوه وحكموا ببطلانه رأساً .

وتوضيح هذا الجمع مكاتبه عبدالله بن محمد المذكورة حيث إنها تضمنت تخطئة من حكم بالواحدة في صورة تضمن الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة، ومنه يفهم أن كونه واحدة في الأخبار المتقدمة إنما هو في صورة تعدد الصيغة ثلاثاً في مجلس واحد، وقد حكم عليه السلام في الخبر ببطلان ذلك، وأنته لا يلزمه طلاق مطلقاً، لا واحدة كما هو المشهور عندهم، ولا أزيد كما ذهب إليه العمامة، بل هو باطل يرد إلى الكتاب والسنة، فهو ظاهر في الجمع المذكور بكل طرفيه، ويؤكد ما تقدم من التقريب المشار إليه .

ومما يؤيد البطلان متى كان دفعة واحدة دون أن يكون ذلك تطليقة واحدة مارواه الراوندي في كتاب الخرائج عن هارون بن خارجه ^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت إنني ابتليت فطلقت أهلي ثلاثاً في دفعة، فسألت أصحابنا فقالوا: ليس بشيء، وأن المرأة قالت: لأرضي حتى تسأل أبا عبدالله عليه السلام، فقال: ارجع إلى أهلِكَ فليس عليك شيء .

و بالجملة فإنه ليس لما ذكرناه من هذا الجمع منافي إلا شهرة الحكم بين أصحابنا بكونه يقع واحدة متى كان الطلاق بصيغة واحدة مشتملة على لفظ « ثلاثاً » وعلى ما ذكرناه من أن الطلاق ثلاثاً في مجلس بلفظ « ثلاثاً » خاصة دون تعدد الصيغ باطل من أصله تحمل الأخبار المتكاثرة القائلة ^(٢) « إياكم والمطلقات ثلاثاً في مجلس واحد، فإنتهن ذوات أزواج » .

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣١٩ ب ٢٩ ح ٢٩ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٥٨ و ٥٦ و ١٠٢ و ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٣١٦ ب ٢٩ ح ٢٠ و ٢١ .

ومن هنا يمكن الاستدلال للقول بالبطلان بهذه الأخبار، فإن المطلقة ثلاثاً في مجلس واحد بمعنى تثليث الصيغ لا خلاف ولا إشكال في كونه يقع واحدة، فلم يبق إلا الحمل على إيقاع الصيغة بلفظ ثلاثاً الذي هو محل البحث هنا وقد حكموا بالبطلان، وأن المطلقات كذلك ذوات أزواج. إلا أن الشيخ لحكمه بوقوع الثلاث واحدة في الصورة المذكورة كما هو المشهور حمل هذه الأخبار على اختلاف بعض الشرائط الموجبة لصحة الطلاق، ولا يخفى بعده.

ويؤيد الروايات المذكورة ما قدمناه من الأخبار^(١) الدالة على أنه إذا أراد الرجل تزويج المطلقة ثلاثاً انتظر أن تكون في طهر وأتى بشاهدين معه، وسأل زوجها هل طلقت فلانة؟ فإذا قال نعم فهي تطليقة، تعدد بعدها عدة المطلقة، ثم يتزوجها، فإنها أظهر ظاهر في بطلان الطلاق الأول الذي وقع من المخالف. لكن بإزاء هذه الأخبار أيضاً أخبار آخر تدل على جواز التزويج في هذه الصورة من غير الاحتياج إلى طلاق آخر، إلزاماً لهم بما ألزموا به أنفسهم.

ومنها ما رواه في التهذيب^(٢) عن إبراهيم بن محمد الهمداني في الصحيح أو الحسن قال: كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطه الشريف: فهمت ما ذكرت من أمر بنتك وزوجها فأصلح الله لك ما تحب صلاحه فأما ما ذكرت من خستته بطلاقها غير مرة، فانظرير حكم الله فإن كان ممن يتولانا ويقول بقولنا فلا طلاق عليه، لأنه لم يأت أمر أجهله، وإن كان ممن يتولانا ويقول بقولنا فاختلفها منه فإنه إنما نوى الفراق بعينه.

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: امرأة طلقت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٩ ح ١١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٣ ب ٣١ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٥٧ ح ١٠٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢٠ ب ٣٠ ح ١، وفيهما وأبي جعفر الثاني، وكذلك «ومن حنته» وأيضاً «وإن كان ممن لا يتولانا ولا يقول بقولنا فاختلفها

منه».

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٥٨ ح ١٠٧، الوسائل ج ١٣ ص ٣٢٠ ب ٣٠ ح ٣.

على غير السنة، قال : تزوج هذه المرأة، ولا تترك بغير زوج». وعن عبدالله بن سنان ^(١) قال : سألته عن رجل طلق امرأته بغير عدة ثم أمسك عنها حتى انقضت عدتها ، هل يصلح لي أن أتزوجها ؟ قال : نعم ، لا تترك المرأة بغير زوج».

وعن ابن جبلة ^(٢) قال : حدثني غير واحد من أصحاب علي بن أبي حمزة عن علي بن أبي حمزة أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة ، أيتزوجها الرجل ؟ فقال : ألزموهم من ذلك ما ألزموا أنفسهم ، و تزوجوهن فلا بأس بذلك قال الحسن : وسمعت جعفر بن سماعة و سئل عن امرأة طلقت على غير السنة ، ألي أن أتزوجها ؟ فقال : نعم . قلت : أليس تعلم أن علي بن حنظلة روى إياكم والمطلقات على غير السنة فإنهن ذوات أزواج ؟ فقال : يا بني رواية علي بن أبي حمزة أوسع على الناس ، قلت : وأي شيء روى علي بن أبي حمزة ؟ قال : روى عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال : ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم ، و تزوجوهن فإنه لا بأس بذلك».

وعن عبدالأعلى ^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ، قال : إن كان مستحقاً بالطلاق ألزمته ذلك ، .

وعن أبي العباس البقباس ^(٤) قال : دخلت على أبي عبدالله عليه السلام قال : فقال لي : اردو عني أن من طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فقد بانت منه» .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٨ ح ١٠٨ و ١٠٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ ب ٣٠ ح ٤ وه وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٥٩ ح ١١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ ب ٣٠ ح ٧ وفيهما «مستخفاً» .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٥٩ ح ١١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ ب ٣٠ ح ٨ وفيهما «أبي العباس البقباس» .

ج ٢٥ في تصريح الأصحاب على إلزام المخالفين بما ألزموا به أنفسهم ٢٤٣

ومارواه في الكافي^(١) عن جعفر بن محمد بن عبد الله عن أبيه قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثاً، فقال لي: إن طلاقكم لا يحل لغيركم، وطلاقكم يحل لكم، لأنكم لا ترون الثلاث شيئاً وهم يوجبونها.

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن جعفر بن محمد العلوي قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام الحديث، بدون قوله «وهم يوجبونها».

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه قد صرح الأصحاب بأنه لو كان المطلق مخالفاً يعتقد الطلاق ثلاثاً لزمته، وكذا كل طلاق على غير السنة مما يحكمون بلزومه وصحته كوقوع الطلاق بغير إظهار ووقوعه في الحيض وباليمين وبالكناية مع النية، فإنه في جميع هذه المواضع يلزمون بصحته ويحكم عليهم بذلك، واستدلوا على ذلك بجملة من الأخبار المتقدمة، مثل صحيحة إبراهيم بن محمد الهمداني ورواية علي بن أبي حمزة ورواية عبد الأعلى، وما ذكره - رحمه الله عليهم - ودلت عليه الأخبار المذكورة من إلزامهم بذلك والحكم عليهم به مما لا إشكال فيه، مضافاً إلى الإجماع المدعى عليه كما نقله في المسالك.

ويؤيده أيضاً مارواه محمد بن مسلم في الموثق^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام: قال: سألت عن الأحكام، قال: يجوز على كل ذي دين ما يستحلونه، ورواية عبد الله بن محرز^(٤) الواردة في الميراث.

(١) لم نعثر عليه في الكافي بل وجدناه في الفقيه مرسل ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٥ عن الصادق

عليه السلام مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ ب ٣٠ ح ٩.

(٢) التهذيب ج ٣ ص ٥٩ ح ١١٢ وقد وجدنا فيها عبارة «وهم يوجبونها».

(٣) التهذيب ج ٩ ص ٣٢٢ ح ١١، الوسائل ج ١٧ ص ٤٨٤ ب ٤ ح ٤.

(٤) وهي ما رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: رجل ترك ابنته واخته لأبيه وأمه، قال: المال كله لابنته، وليس للأخت من الأب والأم شيء». قلت: فإنما قد احتجنا إلى هذا والرجل الميت من هؤلاء الناس وأخته مؤمنة، قال: فخذ لها النصف، خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضائهم وأحكامهم، قال: فذكرت ذلك =

إنّما الاشكال في أنّ جملة من هذه الروايات قد صرحت بجواز تزويج تلك المرأة المطلقة بهذا الطلاق الجاري على غير السنة ، مع ما عرفت من الروايات الدالة على أنّ المطلقات على غير السنة ذوات أزواج ، فلا يجوز تزويجهن ، والأخبار الدالة على أنّه متى أراد الرجل تزويج واحدة ممّن طلّقت كذلك انتظر طهرها و أتى بشاهدين معه فسأل زوجها هل طلّقت فلانة ؟ فإذا قال نعم كانت تطليقة واعتدت لها ، فإذا خرجت من العدة جاز تزويجها .

والمنافاة بين هذه الروايات ظاهرة ولم أر من تعرض لوجه الجمع بينها. والظاهر خروج هذه الأخبار الدالة على الجواز مخرج الرخصة في التزويج بهن ، وإليه يشير كلام جعفر بن سماعة المتقدمة وإن كان الأصل والأفضل هو المنع .

وممّا يستأنس به لذلك رواية شعيب الحداد^(١) قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل من مواليك يقرؤك السلام ، وقد أراد أن يتزوج امرأة قد وافقته وأعجبه بعض شأنها ، وقد كان لها زوج ، فطلّقها ثلاثاً على غير السنة ، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمر كفتكون أنت أمره ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : هو الفرج وأمر الفرج شديد ، ومنه يكون الولد ، ونحن نحاط فلا يتزوجها .

فإنّ الظاهر أنّ هذا المنع على وجه الأفضلية ، فلاحتمياط هنا مستحب ، وإن جاز التزويج رخصة بالأخبار المتقدمة .

و يمكن الجمع بين هذه الأخبار بأنّه إن كانت الزوجة مخالفة جاز

= لزراعة فقال : إن على ما جاء به لنوراً ، خذهم بحقك في أحكامهم وستهم كما يأخذون منكم فيه وفي معناه أخبار عديدة . (منه - قدس سره-) . راجع الرواية في الكافي ج ٧ ص ١٠٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٢١ ح ٩ ، الوسائل ج ١٧ ص ٤٨٤ ب ٤ ح ١ ، وما في المصادر وإن على ما جاء به ابن محرم لنوراً .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٩٣ ب ١٥٧ ح ١ وفيهما «قلت لأبي عبد الله عليه السلام» وكذلك «أنت تأمره» .

ترويحها ، وإليه يشير حديث الالزام بما أُلزموا أنفسهم^(١) ، وإن كانت مؤمنة فلا إلا بطلاق جديد . إلا أنه ينافيه ظاهر خبر إبراهيم بن محمد الهمداني مع عدم الإشارة إليه في شيء من هذه الأخبار .

الركن الرابع في الاشهاد : وفيه مسائل :

الاولى: اتفق النص "والفتوى على اشتراط الاشهاد في صحة الطلاق، فلا بد من حضور شاهدين حال إنشاء الطلاق، ولو تجرد عنهما بطل، وبذلك تكاثرت الأخبار. و منها قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم^(٢) « طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين، الحديث . وقوله عليه السلام في صحيحة زرارة^(٣) « فإذا خرجت من طمئتها طلقها تطليقة من غير جماع ، ويشهد شاهدين على ذلك ، الحديث .

وقوله عليه السلام في صحيحة أبي بصير^(٤) « فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين - إلى أن قال : - فإن طلقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم تركها حتى يمضي أقرؤها - إلى أن قال أيضاً : - وأما طلاق الرجعة فإنه يدعها حتى تحيض و تطهر ثم يطلقها بشهادة شاهدين، الحديث . وفي حسنة زرارة ومحمد بن مسلم^(٥) و من معهما عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام « أنهما قالوا : وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق .

-
- (١) التهذيب ج ٨ ص ٥٨ ح ١٠٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ ب ٣٠ ح ٥ .
 (٢) الكافي ج ٦ ص ٦٤ و ٦٥ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٥ و ٢٦ ح ١ و ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٤ ب ١ ح ١ و ٢ .
 (٣) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٥ ب ١ ح ٣ و ص ٣٤٩ ب ٢ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .
 (٤) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ ح ٣ .

وحسنة زراة و محمد بن مسلم^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : الطلاق لا يكون بغير شهود ، والرجعة بغير شهود ، الحديث .

و رواية أبي الصباح الكناني^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من طلق بغير شهود فليس بشيء ، إلى غير ذلك من الأخبار التي تأتي إن شاء الله في المباحث الآتية . ثم إنه لابد من شهادتهما مجتمعين ، فلا يجزي لو كانا متفرقين .

ويدل عليه ما رواه في الكافي^(٣) في الصحيح أو الحسن عن البرنطي قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع وأشهد اليوم رجلاً ، ثم مكث خمسة أيام ، ثم أشهد آخر ، فقال : إنما امرأته يشهدا جميعاً . ومارواه في التهذيب^(٤) في الصحيح عن ابن بزيع عن الرضا عليه السلام قال : سألت عن تفريق الشاهدين في الطلاق ؟ فقال : نعم ، و تعدت من أول الشاهدين ، و قال : لا يجوز حتى يشهدا جميعاً .

أقول : صدر الخبر مراد به الأداء بمعنى جواز تفريق الشاهدين في أداء الشهادة ولهذا قال «من أولها» فإن إخبارها بالطلاق بعد وقوعه كافٍ في الشروع في العدة ، والتزويج يتوقف على الثاني لثبوت الطلاق بذلك ، وعجز الخبر مراد به التحمل كما دل عليه الخبر الأول .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٥) : وإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته يترقب بها حتى تحيض و تطهر ، ثم يطلقها تطليقة واحدة في قبل عدتها بشاهدين عدلين في مجلس واحد ، فإن أشهد على الطلاق رجلاً واحداً ثم أشهد بعد

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧١ ب ١٣ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٣ ب ١٠ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧١ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢٠ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٥٠ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢٠ ح ٢ .

(٥) فقه الرضا ص ٢٤١ .

ذلك برجل آخر لم يعجز ذلك الطلاق، إلا أن يشهدهما جميعاً في مجلس واحد بلفظ واحد. إلخ. ويكفي سماعهما في الشهادة على الطلاق، ولا يشترط استدعاؤهما لذلك لأن الشهادة لا يشترط في ثبوتها في نفسها طلبها من الشهود.

وعلى ذلك يدل ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأة طهرت من حيضها فجاء إلى جماعة فقال: فلانة طالق، أيقع عليها الطلاق ولم يقل اشهدوا؟ قال: نعم. وعي صفوان بن يحيى^(٢) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألت عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال فلانة طالق، وقوم يسمعون كلامه، ولم يقل لهم اشهدوا، أيقع الطلاق عليها؟ قال: نعم، هذه شهادة.

وهل يشترط في الشهادة على الطلاق العلم بالمطّقة؟ ظاهر السيد السند في شرح النافع ذلك، ولم أقف لغيره على كلام في هذا المقام.

قال - رحمه الله عليه - : واعلم أن الظاهر من اشتراط الاشهاد أنه لا بد من حضور شاهدين يشهدان الطلاق بحيث تتحقق معه الشهادة بوقوعه، وإثما يحصل ذلك مع العلم بالمطّقة على وجه يشهد العدلان بوقوع طلاقها، فما اشتهر بين أهل زماننا من الاكتفاء بمجرد سماع العدلين صيغة الطلاق - وإن لم يعلما المطلق والمطّقة بوجه - بعيد جداً، بل الظاهر أنه لأصل له في المذهب، فإن النص والفتوى متطابقان على اعتبار الاشهاد، ومجرد سماع صيغة لا يعرف قائلها لا يسمى إشهاداً قطعاً، وممن صرح باعتبار علم الشهود بالمطّقة الشيخ - رحمه الله - في النهاية، فإنه قال: ومتى طلق ولم يشهد شاهدين ممن ظاهره الاسلام كان طلاقه غير واقع، ثم قال: وإذا أراد الطلاق فينبغي أن يقول: فلانة طالق، ويشير إلى المرأة بعد أن يكون العلم قد سبق بها من الشهود، فيقول هذه طالق.

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٢ ح ٣ و ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٢ ب ٢١ ح ١ و ٢ وفيهما اختلاف

ويدلّ على ذلك - مضافاً إلى ما ذكرناه من عدم تحققّ الاشهاد بدون العلم بالمطلقة - ما رواه الكليني عن محمد بن أحمد بن مطهر^(١) قال: كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام: إنني تزوجت نسوة لم أسأل عن أسمائهنّ - ثمّ أريد طلاق إحداهنّ - وترويجهنّ أمراً أخرى، فكتب عليه السلام: انظر إلى علامة إن كانت بواحدة منهنّ فتقول: شهدوا أنّ فلانة التي لها علامة كذا وكذا هي طالق، ثمّ تزوج الأخرى إذا انقضت العدة - انتهى كلامه .

أقول: ظاهر كلامه أنّ مراده بالعلم بالمطلقة والمطلق هو العلم الموجب لتمييزها وتشخصها دون العلم في الجملة، وإلا فالعلم في الجملة ممّا لا إشكال فيه ولا مزية يعتريه، لا من أهل زمانه ولا من غيرهم، وهو الذي جرى عليه كافة من حضرنّا مجالسهم من مشايخنا المعاصرين .

وأما العلم بالمعنى الذي ذكره، فلا عرف عليه دليلاً واضحاً، وجميع ما استدلّ به في المقام لا يخلو من النظر الظاهر لذوي الأفهام، مع قيام صريح الدليل - كما ستعرف إن شاء الله تعالى - على خلافه .

فأمّا ما ذكره من عدم تحققّ الاشهاد بدون العلم بالمطلقة، ففيه ما ذكرناه من التفصيل، بأنّه إن أراد العلم بها على وجه تمييزها وتشخصها فهو ممنوع، وهو عين المدعى، لا بدّ لاثباته من دليل، وإن أراد في الجملة فهو مسلم، والأمر كذلك، فإنّه لو قال: زوجني فاطمة طالق، والشهود ليس لهم معرفة سابقة بها إلا بهذا الاسم الذي ذكره في هذه الحال، فإنّه كافٍ في العلم بها . وكذلك المطلق إذا علموا أنّ اسمه زيد مثلاً فإنّه يكفي في العلم به، ولا يشترط أزيد من ذلك .

وعلى هذا تدلّ عبارة الشيخ التي نقلها دون ما عداه، فإنّ قوله « فينبغي

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٣ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠١ ب ٣ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

أن يقول : فلانة طالق ، يعني يسمي المطلقة باسمها العلمي كما ذكرناه ، ومع عدم معرفة اسمها العلمي فلا بد من شيء يدل على التعيين لوجوبه في صحة الطلاق كما تقدم ، بأن يشير إلى امرأة جالسة ويقول هذه طالق ، بعد علم الشهود بها ولو في الجملة بأن تكون بنت فلان أو اخت فلان أو البصرية أو الكوفية أو نحو ذلك مما يفيد العلم في الجملة .

وأما الخبر الذي ذكره ، فإنه تضمن أن الزوج لا يعرف أسماء النساء ، والحال أنه يريد طلاق واحدة منهن ، ومن شروط الطلاق كما تقدم تعيين المطلقة فلا يصح لو كان عنده زوجات متعددة أن يقول : إحداكن طالق ونحوه ، وإن خالف في ذلك بعض الأصحاب كما تقدم ، إلا أن الأشهر أظهر وجوب التعيين ، حينئذ فإذا تعذر معرفة الاسم العلمي ليعبر به في صيغة الطلاق فلا بد من لفظ يفيد التعيين ، مثل أن يعلمها بعلامة تزيل الاشتراك وتوجب التعيين ، وظاهر الخبر أنه لو كان يعرف أسمائهن وطلق واحدة منهن بالاسم العلمي لصح الطلاق ، ولم يشترط زيادة على ذلك ، وأنه إنما صار إلى التعيين بالعلامة لتعذر معرفة الاسم العلمي ، وهذا عين ما نقول به ولا دلالة فيه على العلم الذي يدعيه ، بل غايته العلم في الجملة .

ومما يدل صريحاً على ما قلناه وينادي بصحة ما ادعينا مارواه في الكافي (١) عن علي بن إبراهيم عن أبيه وعن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن أبي بصير يعني المرادي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يتزوج أربع نسوة في عقدة واحدة أو قال في مجلس واحد ومهورهن مختلفة ، قال : جائز له ولهن ، قلت : أرايت إن هو خرج إلى بعض البلدان فطلق واحدة من الأربع ،

(١) الكافي ج ٧ ص ١٣١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٣ ح ٢٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٣ ب ٢٣ ح ١ ، وما في المصادر اختلاف يسير ، ولقطة ليس غير موجودة في الكافي والوسائل ولعلها سقطت من الرواة أو النسخ كما أشار إليها المعلق في الكافي فراجع .

وأشهد على طلاقها قوماً من أهل تلك البلاد وهم لا يعرفون المرأة ، ثم تزوج امرأة من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عدة تلك المطلقة ، ثم مات بعد ما دخل بها ، كيف يقسم ميراثه ؟ قال : إن كان له ولد فإن للمرأة التي تزوجها أخيراً من تلك البلاد ربع ثمن ما ترك ، وإن عرفت التي طلقت بعينها ونسبها فلا شيء لها من الميراث وليس عليها العدة ، قال : وتقسم الثلاث النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك ، وعليهن العدة ، وإن لم تعرف التي طلقت من الأربع قسمن النسوة ثلاثة أرباع ثمن ما ترك بينهن جميعاً وعليهن جميعاً العدة .

ورداه الشيخ في الصحيح عن الحسن بن محبوب ، وطريقه إليه صحيح ، وهو مع صحة سنده صريح في صحة طلاق من لم يعرفها الشهود ، ومن الظاهر أن هذه المعرفة المنقبة إنما هي المعرفة الشخصية التي ادعاها ، وإلا فإنه لا بد في صحة الطلاق من التعيين الموجب لوقوع الطلاق على واحدة معينة ، ولا ينافيه الاشتباه المذكور في آخر الرواية ، لجواز أن يكون القوم الذين طلق بحضورهم قد نسوا الاسم الذي سمّاها به .

وبالجملة فالخبر ظاهر بل صريح في خلاف ما ادعاه . نعم ربما يدل على ما ذكره ما رواه الشيخ ^(١) في الحسن عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يكون خلع ولا تخيير ولا مبارأة إلا على طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان ويعرفان المرأة ويحضران التخيير ، وإقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها . فقال له محمد بن مسلم : ما إقرار المرأة ها هنا ؟ قال : يشهد الشاهدان عليها بذلك للرجل ، حذار أن تأتي بعد فتدعي أنه خيرها وهي طامث ، فيشهدان عليها بما سمعا منها ، الحديث .

إلا أن ظاهر هذا الخبر لم يتضمن الطلاق ، وهو غير هذه الأشياء المذكورة ،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٩ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٤ ب ٢٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

ويمكن حمله على الاستحباب والاحتياط .

وبالجملة فإنّ ما ذكرنا من الاكتفاء بالمعرفة الاجمالية هو الذي جرى عليه مشايخنا الذي عاصرناهم وحضرنا مجالس طلاقهم كما حكا هو أيضاً عما اشتهر في زمانه، وأمّا ما ادعاه - رحمه الله - فلم أقف له على موافق ، ولا دليل يعتمد عليه ، ولم أقف لأحد من أصحابنا على بحث في هذه المسألة سوى ما نقلناه عنه ، وقد عرفت ما فيه .

المسألة الثانية: المشهور بين الأصحاب اعتبار العدالة في الشاهدين، وعليه يدلّ ظاهر الآية ، وهو قوله تعالى «ذوي عدل منكم»^(١) والتقريب فيها أنّ الخطاب للمسلمين، فالاسلام مستفاد من قوله منكم ، ويبقى اعتبار العدالة أمراً زائداً على الاسلام ، فلا يكفي مجرد الاسلام كما ادعاه جملة من الاعلام ، أولهم الشيخ في بعض كتبه . وقد وافق على الاستدلال بالآية شيخنا الشهيد الثاني في المسالك في هذا الكتاب وإن خالف نفسه في كتاب الشهادات فارتكب التأويل فيها بما يخرجها عن الاستدلال بها بما لا يخفى ضعفه على المتأمل في هذا المقال .

ومن الأخبار الدالة على ما ذكرناه من اشتراط العدالة قول الصادق عليه السلام في صحيحة الفضلاء^(٢) «وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جهاغ، ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق» .
وقول أبي جعفر عليه السلام في حسنة بكير وغيره^(٣) «وإن طلقها للعدة بنير شاهدي عدل فليس طلاقه بطلاق» .

وقول أمير المؤمنين عليه السلام في رواية محمد بن مسلم^(٤) «أشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإنّ طلاقك ليس بشيء» .

(١) سورة الطلاق - آية ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ٦١ و ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ ح ٣٠٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٣ ب ١٠ ح ٧ وفيهما اختلاف يسير .

وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيحة زرارة ^(١) "ثم يطلقها طليقة من غير جماع ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها ، الحديث .

وقول أبي الحسن عليه السلام في حسنة أحمد بن محمد بن أبي نصر ^(٢) "يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشاهدين عدلين كما قال الله عز وجل في كتابه، فإن خالف ذلك رد" إلى كتاب الله تعالى .

إلى غير ذلك من الأخبار التي يقف عليها المتتبع، وبذلك يظهر لك ضعف القول بالاكتفاء بمجرد الاسلام كما تقدم نقله عن الشيخ، وبقعه فيه جملة من الأعلام، منهم شيخنا الشهيد الثاني وسبطه في شرح النافع والمحدث الكاشاني في المفاتيح. قال في النهاية : ومتى طلق ولم يشهد شاهدين ممن ظاهره الاسلام كان طلاقه غير واقع - ثم قال : - فإن طلق بمحضر من رجلين مسلمين ولم يقل لهما اشهدا وقع طلاقه، وجاز لهما أن يشهدا بذلك .

أقول : هكذا نقل عنه السيد السند في شرح النافع، وفيه أنه وإن ذكر هذا الكلام في كتاب الطلاق إلا أنه قال في كتاب الشهادات : العدل الذي يجوز قبول شهادته للمسلمين وعليهم هو أن يكون ظاهره ظاهر الايمان، ثم يعرف بالستر والعفاف، والكف عن البطن والفرج واليد واللسان، ويعرف باجتنب الكبائر التي أوعدها الله عليها النار من شرب الخمر - إلى أن قال : - وغير ذلك السائر لجميع عيوبه، ويكون متعاهداً للصلوات الخمس مواظباً عليهن حافظاً لمواقبتهن متوقفاً على حضور جماعة المسلمين غير متخلف عنهم إلا لمرض أو علة أو عذر، وهو كما ترى مضمون ما دلت عليه صحيحة ابن أبي يعفور ^(٣) الواردة

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٥ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٧ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ ح ٤.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٤ ح ١، التهذيب ج ٦ ص ٢٤١ ح ١، الوسائل ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ١ ح ١.

في تعريف العدالة، ثم "قال: ويعتبر في شهادة النساء الايمان والستر والعفاف وطاعة الأزواج، وترك البذاء والتبرج إلى أندية الرجال، انتهى .

وحينئذ فما ذكره من العبارة المذكورة في النكاح إنما أجل فيها اعتماداً على ما قدمه في كتاب الشهادات حيث إن ذكره أولاً قبل كتاب النكاح، وإلا للزم التناقض بين كلاميه في كتاب واحد، نعم ظاهره في المبسوط ذلك، إلا أن ظاهر كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أن الخلاف هنا غير الخلاف المشهور في معنى العدالة، من أنها عبارة عن الملكة الراسخة كما هو المشهور بين المتأخرين أو الاسلام، وأن كلام الشيخ هنا مبني على ذلك .

قال في المسالك في هذا المقام : وهل المعتبر في العدالة هنا ظهورها بترك المعاصي والقيام بالواجبات مع الايمان الخالص كما اعتبر في غيره من الشهادات؟ أم يكفي الاسلام وإن انتفى الايمان الخالص والعدالة بالمعنى المشهور؟ والأشهر الأول - إلى أن قال : - القول بالاكتفاء فيهما هنا بالاسلام للشيخ في النهاية وجماعة منهم القطب الراوندي، إما بناءً على أن الأصل في المسلم العدالة أو خصوص رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر البرقي^(١) الحسنه فقال : سألت أبا الحسن ع^{عليه السلام} عن رجل طلق امرأته بعدما غشيها بشهادة (شاهدين خل) عدلين، فقال : ليس هذا طلاقاً، فقلت : جعلت فداك كيف طلاق السنة؟ فقال : يطلقها إذا طهرت من حیضها قبل أن يغشاها بشهادة عدلين كما قال الله عز وجل في كتابه، فإن خالف ذلك يرد إلى كتاب الله تعالى، فقلت له : فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين؟ فقال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، وقد تجوز شهادتهن مع غيرهن في الدم إذا حضرته، فقلت : فإن أشهد رجائين ناصبتين على الطلاق، أكون طلاقاً؟ فقال : من ولد على الفطرة اجيزت شهادته على الطلاق بعد أن يعرف منه خيراً .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٩ ح ٧١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ ح ٤ وفيهما اختلاف

وهذه الرواية واضحة الاسناد والدلالة على الاكتفاء بشهادة المسلم في الطلاق ولا يرد أن قوله «بعد أن يعرف منه خيراً» ينافي ذلك ، لأن «الخير قد يعرف من المؤمن وغيره ، هو فكرة في سياق الاثبات لا يقتضي العموم، فلا ينفيه مع معرفة الخير منه بالذي أظهر من الشهادتين والصلاة والصيام وغيرها من أركان الاسلام أن يعلم منه ما يخالف الاعتقاد الصحيح لصدق معرفة الخير منه معه ، وفي الخبر - مع تصديره باشتراط شهادة عدلين ثم «اكتفأه بما ذكر - تنبيه على أن العدالة الاسلام وإنما اضيف إلى ذلك أن لا يظهر الفسق كان أولى ، انتهى .

قال سبطه في شرح النافع بعد نقل ذلك عنه : هذا كلامه - رحمه الله - وهو جيد، والرواية الاولى مع صحتها دالة على ذلك أيضاً، فإن الظاهر أن التعريف في قوله «لأنه» فيها «وعرف بالصلاح في نفسه» للجنس لا للاستغراق وهاتان الروايتان مع صحتها سالمتان من المعارض فيتجه العمل بهما .

أقول : أشار بالرواية الاولى إلى ما قدمه في كلامه من استدلاله لهذا القول بصحيفة عبدالله بن سنان ^(١) قال : قلت للرضا «لأنه» : رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين فاصبيين ، قال : كل من ولد على الفطرة وعرف بالصلاح في نفسه جازت شهادته ، ثم أورد رواية أحمد بن محمد بن أبي نصير و أ ردفها بكلام جده المذكور في تقريب الاستدلال بها من قوله «وهذه الرواية واضحة الاسناد... إلخ» .

وأنت خير بأنا قد قدمنا في بحث صلاة الجمعة من المجلد الثاني في الصلاة ^(٢) تحقيق الكلام في هذه المقام ، وأحطنا بأطراف النقض والابرام ، وأوضحنا ما في كلام هذين الفاضلين من البطالان الظاهر لجملة الأفهام ، وأنه من أنفحس الآوهام الناشئة عن الغفلة وعدم التدبر لأخبار أهل الذكر «لأنه» ، إلا أنه ربما عسر

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨ ح ١٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٨٣ ح ١٨٣ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٩٠

ب ٤١ ح ٥ وما في المصادر وعبدالله بن المغيرة .

(٢) الحقائق ج ١٠ ص ١٢ .

على الناظر في هذا الكتاب مراجعة ذلك الكتاب المذكور فيجره الوهم والتعصب لهذين الفاضلين إلى نسبة كلامنا إلى الضعف والقصور لما جبلت عليه قرايح أبناء الوقت والزمان من التعميل على أقوال المتقدمين دون الأقران ، فلا علاج إننا ارتكبنا مرادة التكرار لازاحة هذا الوهم عن تلك الأفكار ، فنقول : إن هذا الكلام باطل من وجوه :

الأول : ما قدمنا ذكره من دلالة الآية والأخبار على أن العدالة أمر زائد على مجرد الإسلام، المعتضد ذلك بدلالة جملة من الأخبار كصححة ابن أبي يعفور^(١) المشهورة وغيرها مما قدمنا ذكره في ذلك الكتاب ، الدال على أن جميع ذلك على أنها عبارة عن التقوى والصلاح والعفاف ونحوها ، وبذلك يظهر ما في قول سبطه من أنهما سالمتان من المعارض فيتجه العمل بهما .

الثاني : أنه لا خلاف بين أصحابنا من هؤلاء القائلين بهذا القول وغيرهم في كفر الناصب و نجاسته و حل ماله و دمه ، وأن حكمه حكم الكافر الحربي ، وإنما الخلاف في المخالف الغير الناصب هل يحكم بإسلامه كما هو المشهور بين المتأخرين؟ أم بكفره كما هو المشهور بين المتقدمين؟ والرأيتان قد اشتملتا على شهادة الناصبين على الطلاق ، فكيف يتم الحكم بالإسلام؟ ثم صحة الطلاق فرعاً على ذلك مع الاتفاق نصاً و فتوى على الكفر، إلا أن يريدوا بالإسلام مجرد اتحال الإسلام، فيدخل حينئذ فيه الخوارج والمجسمة والمشبّهة فيكون ظلمات بعضها فوق بعض .

ثم لو تنزلنا عن ذلك وحملنا الناصب في الخبرين على المخالف كما ربما يدعيه الخصم ، حيث إن مذهب الحكم بالإسلام المخالفين، فإننا نقول : إن قبول شهادة المخالف مخالف للأدلة الشرعية كتاباً و سنة لدلائلها على عدم جواز

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ٤١ ح ١ .

قبول شهادة الفاسق و الظالم ، و أي فسق و ظلم أظهر من الخروج من الايمان والاصرار على ذلك ، لا اعتقاد الفاسد المترتب عليه ما لا يخفى من المفاسد .
وأما ما أجاب به المحدث الكاشاني في المفاتيح- تبعاً لصاحب المسالك من أن الفسق إنما يتحقق بفعل المعصية ، مع اعتقاد كونها معصية لا مع اعتقاد كونها طاعة ، و الظلم إنما يتحقق بمعاندة الحق مع العلم به - فهو مردود بأنه لو تم هذا الكلام المنحل الزمام المموه الفاسد الناشيء عن عدم إعطاء التأمل حقه في هذه المقاصد لاقتضى قيام العذر للمخالفين و عدم استحقاق العذاب في الآخرة ، و لا أظن هؤلاء القائلين يلتزمونه .

وذلك فإن المكلف إذا بذل جهده وجده في تحصيل الحق وأنعب الفكر والنظر في ذلك و أداه نظره إلى ما كان باطلاً في الواقع لعروض الشبهة له فلا ريب في أنه يكون معذوراً عقلاً ونقلاً ، لعدم تقصيره في السعي في طلب الحق وتحصيله ، وامتنال ما امر به ، وكذا يقوم العذر لمنكري النبوات من أهل الملل والأديان ، وهذا في البطلان أظهر من أن يحتاج إلى التبيان .

وبالجملة فإنه إن كان في هذا الاعتقاد الذي جعله طاعة ، وعدم العلم الذي ذكره إنما نشأ عن بحث و نظر ، فإنه يقوم بهما العذر شرعاً عند الله عز وجل ، فلا مناص عما ذكرناه ، وإلا فلا معنى لكلامه بالكليّة ، كما هو الظاهر لكل ذي عقل وروية .

الثالث : أنه قد استفاضت الروايات والأخبار عن الأئمة الأبرار عليهم السلام كما بسطنا الكلام على ذلك في كتابنا د الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب ، و ما يترتب عليه من المطالب بكفر المخالفين و شرّ كههم ونصبهم ونجاستهم ، وأن الكلب واليهودي خير منهم ، و هذا مما لا يجامع مع الحكم بالاسلام البتة فضلاً عن العدالة ، و ذلك أيضاً على أنهم ليسوا من الحنيفيّة على شيء ، وأنهم ليسوا إلا مثل الجدر المنصوبة ، وأنه لم يبق في يدهم إلا مجرد استقبال القبلة ، واستفاضت

بعرض الأخبار على مذهبهم و الأخذ بخلافه^(١) و استفاضت بيطلان أعمالهم^(٢) ، و أمثال ذلك مما يدل على خروجهم عن الملة المحمدية والشرعة النبوية بالكلية ، والحكم بعدالتهم لا يجمع شيئاً من ذلك .

الرابع : أنه يلزمه مما ذكره من أن الخبر نكرة في سياق الإثبات فلا يعم ، و كذا قول سبطه د أن التعريف في قوله : وعرف بالصلاح في نفسه للجنس لا للاستغراق ، دخول أكثر الفسقة و المردة في هذا التعريف ، إذ ما من فاسق في الغالب إلا وفيه صفة من صفات الخير ، فإذا جاز اجتماع العدالة مع فساد العقيدة جاز مع شرب الخمر و الزنا والواط و نحو ذلك من الكبائر بطريق أولى ، بل يدخل في ذلك الخوارج و المرجئة و أمثالهما من الفرق التي لا خلاف في كفرها ، حيث إن الخبر بهذا المعنى حاصل فيهم ، فيثبت عدالتهم بذلك ، و إن كانوا فاسدي العقيدة و متصفين بالكبائر العديدة ، نعوذ بالله من زلل الأقدام في الأحكام و طغيان الأعلام في معالم الحلال و الحرام .

الخامس : قوله د إن الخير يعرف من المؤمن - إلى قوله - الصدق معرفة الخير منه ، فإن فيه زيادة على ما تقدم أن الأخبار الصحيحة الصريحة قد استفاضت بيطلان عبادات المخالفين لاشتراط صحة العبادة بالاقرار بالولاية^(٣) ، بل ورد عن الصادق عليه السلام سواء على الناصب صلى أم زنا^(٤) . والمراد بالناصب هو مطلق المخالف كما حققناه في كتابنا المذكور آنفاً ، و حينئذ فأي خيرية في أعمال من قام الدليل على بطلانها و أنها في حكم العدم ، و كونها في الظاهر بصورة العبادة لا يجدي نفعاً ، لأن خيرية الخير و شرية الشر إنما هو باعتبار ما يترتب على كل منهما

(١) الفقيه ج ٣ ص ٦ ضمن ح ٢ .

(٢) الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ ح ٤ .

(٣) الوسائل ج ١ ص ٩٠ ب ٢٩ .

(٤) عقاب الأعمال ص ٤٧١ ح ١٧ ولكن عن أبي جعفر عليه السلام مع اختلاف سير .

من النفع والضرر" كما ينادي به الخبر النبوي ^(١) "لا خير بخير بعده النار، ولا شرّ بشر" بعده الجنة".
إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذي ظهر لي في معنى الخبرين المذكورين أنهما إنما خرجا مخرج التقيّة.

و توضيح ذلك: إنّه قد ظهر بما قدمناه من الوجوه أن المخالف ناصباً كان بالمعنى الذي يدعونه أو غيره لا خير فيه بوجه من الوجوه، فخرج من البين بذلك ولو حمل الخير في الخبر على مطلق الخير كما ادعاه في المسالك لجامع الفسق البتّة، إذ لا فاسق متى كان مسلماً إلا وفيه خير، فيلزم صحّة الطلاق مع شهادة الفاسق، وهو باطل إجماعاً نصّاً وفتوى، لدلالة الآية والرواية على ردّ خبره، فلا بدّ من حمل الخير على أمر زائد على مجرد الاسلام، ووجه الاجمال في الخبرين بالنسبة إلى هذه العبارة إنما هو التقيّة التي هي في الأحكام الشرعيّة أصل كلّ بليّة، وذلك أن السائل في الخبر الثاني ^(٢) لما سأله عن كيفيّة طلاق السنّة أجابه عليه السلام بالحكم الشرعي الواضح، وهو أن يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشاهدين عادلين كما قال الله تعالى عز وجل في كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى الكتاب، بمعنى أنه يبطل ما أتى به من الطلاق لمخالفة الكتاب باسقاط عدالة الشاهدين ونحوه من تلك الشروط.

ولاريب أن الطلاق بشهادة الناصبين بهذا التقرير باطل عند كلّ من له انس بالأخبار ومعرفة بما يعتقدونه ^(٣) في مخالفتهم من الكفر والشرك والعداوة، فيجب ردّ من أشهدهما على طلاق إلى كتاب الله الدالّ على بطلان هذا الطلاق، لكن لما سأل سائل بعد ذلك عن خصوص ذلك، وكان المقام لا يقتضي الإفصاح بالجواب الواقعي أجلّ عليه السلام في الجواب بعبارة توهم بظاهرها ما ذكره، و توهموه في بادي

(١) الفقيه ج ٤ ص ٣٧٩ ضمن ح ١٠ مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٧ ح ٦.

النظر، إلا أنه لما كان الناصب بمقتضى ما علم من مذهبه وتواترت به أخبارهم لا خيره بالكليّة كما عرفته، وجب إخراجهم من المقام، وحمل العبارة المذكورة على من عداه، ومما ذكرنا يعلم الكلام في الخبر الآخر .

وبذلك يظهر لك زيادة على ما قدمناه ما في كلام السيّد السند وقوله "إنّ" الروايتين سالمتان من المعارض، فإنّ معارضيها أكثر من أن يحصى .

وبالجملة فإنّ الواجب في الاستدلال بالخبر في هذا الموضع وغيره النظر إلى انطباق موضع الاستدلال على مقتضى القواعد المعتمدة، والقوانين المقررة في الأخبار، فمتى كان مخالفاً لها وخارجاً عنها وجب طرحه، وامتنع الاستناد إليه، وإن كان ذلك الخبر صحيح السند صريح الدلالة، لاستفاضة أخبارها بعرض الأخبار على الكتاب والسنة، ولكن عادة أصحاب هذا الاصطلاح سيّما السيّد المذكور قصر النظر على الأسانيد، فمتى صحّ الخبر لم ينظروا إلى ما في متنه من العلل كما قدمنا التنبيه عليه في غير موضع .

ثمّ إنّ قال في المسالك في هذا المقام: ويتفرع على المشهور من اعتبار عدالة الشاهدين بمعنى ملكة التقوى والمردة أنّ المعتمد بثبوتها ظاهراً لا في نفس الأمر لأنّه لا يطلع عليه إلا الله، فلو اعتبر ذلك في حقّ غيرهما لزم التكليف بما لا يطاق، فلا يقدح فسقهما في نفس الأمر في صحّة الطلاق مع ظهور عدالتهما، ولا يشترط حكم الحاكم بها، بل ظهورها عند المطلق ومن يرتّب على الطلاق حكماً، وهل يقدح فسقهما في نفس الأمر بالنسبة إليهما حتّى لا يصلح لأحدهما أن يتزوج بها أم لا؟ نظراً إلى حصول شرط الطلاق، وهو العدالة ظاهراً، وجهان، وكذا لو علم الزوج فسقهما مع ظهور عدالتهما، ففي الحكم بوقوع الطلاق بالنسبة [إليه] حتّى تسقط عنه حقوق الزوجيّة، ويستبيح اختها والخامسة وجهان، والحكم بصحّته فيهما لا يخلو من قوة، انتهى .

أقول: لا يخفى أنّ العدالة بالنسبة إلى المتّصف بها غيرها بالنسبة إلى غيره ممّن يتبعه ويعتقد عدالته، وكلامه بالنسبة إلى الغير صحيح لا شكّ فيه

ولامرية تعتريه سواء فسرنا العدالة بالملكة كما هو المشهور بين المتأخرين، وهو الذي ذكره هنا، أو حسن الظاهر الذي دل عليه صحيح ابن أبي يعفور^(١) كما هو المشهور بين متأخري المتأخرين، فإنه على أي منهما إنما يبنى فيهما على ما يظهر للتابع ومعتقد العدالة من الاتصاف بذلك الصفات التي تضمنها الخبر مع عدم ظهور ما ينافيها، وإثما الاشكال ومحل البحث بالنسبة إليه هو في نفسه.

وتوضيحه: إن من علم من نفسه الفسق مع كونه على ظاهر العدالة بين الناس، فهل يجوز له الدخول في الأمور المشروطة بالعدالة، وتقلدها من الإمامة في الجملة والجماعة والشهادة والجلوس في مجلس الحكم والقضاء بين الناس ونحو ذلك أم لا؟

ظاهر شيخنا المذكور ذلك، واقتفاء فيما ذكره هنا من صورتين المذكورتين بعض مشايخنا المعاصرين وتوقف آخر^(٢)، وفي الكفاية وافقه في

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٤ ح ١.

(٢) المقتضى له في صورتين شيخنا الشيخ سليمان البحراني في بعض أجوبة المسائل بعد التردد، والمتوقف شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبدالله بن صالح - قدس سرهما - قال المحدث المذكور: ولو نواها يعنى الإمامة وعد نفسه من أحد الشاهدين وكان نائباً عن المعاصي جاز له ذلك، أما لو كان مصراً على المعاصي مرتكباً للكبائر فاشكال، وللاصحاب فيه قولان أحدهما الجواز، لأن المدار إنما هو على اعتقاد المؤتم أو المطلق، وبناء للأمور على الظاهر دون الباطن، ومن حيث أنه إغراء للقيح لأنه عالم بفسق نفسه، فكيف يتقلد ما ليس له، خصوصاً في الجماعة الواجبة كالجمعة؟ والأحكام الشرعية إنما خرجت على الظاهر إذا لم يمكن الاطلاع على الباطن، وهو مطلع على حقيقة الأمر، والأول أوفق بالقواعد الأصولية، إلا أنه لما لم يكن نص في المسألة فاعتقادي الوقوف عن الحكم والعمل بالاحتياط في العلم والعمل، ورد ما لم يأتنا به علم من أهل العصمة صلوات الله عليهم، لقول الصادق عليه السلام: أرجه حتى تلقى أمامك، وإن الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام في المهلكة، انتهى. (منه - قدس سره -).

ج ٢٥ في عدم جواز الدخول في الأمور المشروطة بالعدالة لمن علم من نفسه الفسق ٢٦١

الاولى دون الثانية .

والذي ظهر لي بعد إمعان النظر في المقام ومراجعة أخبارهم عليهم السلام هو عدم جواز الدخول في هذه الأمور والحال هذه .

وبيان ذلك : إن ظاهر الآية والأخبار الدالة على النهي عن قبول خبر الفاسق ، والنهي عن الصلاة خلفه إنما هو من حيث الفسق ، لأن التعليق على على الوصف مشعر بالعلية ، وهو مشعر بأن الفاسق ليس أهلاً لهذا المقام ، ولا صالحاً لتقليد هذه الأحكام ، وإذا كان الشارع لم يره أهلاً لذلك ، ولا صالحاً لسلوك هذه المسالك لمنع الناس من الاقتداء به وقبول خبره و فحو ذلك ، فهو في معنى منعه له من ذلك ، فإدخاله نفسه فيما لم يره الله عز وجل أهلاً له موجب لمخالفته عز وجل والتعرض لسخطه . وجواز اقتداء الناس به من حيث عدم ظهور فسقه لهم لا يدل على جواز الدخول له ، لأن حكم الناس في ذلك غير حكمه هو في حد ذاته ، والكلام إنما في الثاني ، وأحدهما لا يستلزم الآخر بوجه ، نظير ذلك في الأحكام غير عزيز ، فإن لحم الميتة محرم على العالم به ، وحلال بالنسبة إلى الجاهل به .

ويؤيد ما قلناه ظواهر جملة من الأخبار مثل صحيحة أبي بصير ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : خمسة لا يؤمنون الناس على كل حال : المجنون والأبرص والمجذوم وولد الزنا والأعرابي .

ونحوها صحيحة محمد بن مسلم ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام .

والتقريب فيهما أنهما إنما قد صرحا بتوجيه النهي إلى هؤلاء عن الإمامة لأنهم ليسوا من أهلها باعتبار ماهي عليه من العيوب المذكورة المانعة من أهلية الإمامة ، وبعض الأخبار وإن ورد أيضاً في نهى الناس عن الائتمار بهم ، إلا أن

(١) الكافي ج ٣ ص ٣٧٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٩ ب ١٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج ١ ص ٢٤٧ ح ١٥ .

النهي إثمًا توجه إلى المؤمنين .

وأما في هذين الخبرين الصحيحين فإنه إثمًا توجه إلى الامام بأن لا يكون من أحد هؤلاء ، فلو فرضنا عدم علم الناس بما هم عليه من هذه الصفات المانعة من الامامة مع اعتقاد الناس فيهم العدالة ، فإنه يجوز للناس الاقتداء بهم بالتقريب المتقدم ، لكن بمقتضى هذين الخبرين لا يجوز لهم الامامة لما هم عليه من الموانع المذكورة وإن خفيت على الناس ، وهذا بعينه جارٍ في الفاسق الذي هو محل البحث بأن كان عالماً بفسق نفسه وإن خفي على الناس ، ومما يؤيد ذلك قول أمير المؤمنين عليه السلام لشریح : يا شریح جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبي أو وصي نبي أو شقي، ونحوه .

والتقريب فيها هو ظهورها في النهي عمن لم يكن مستكملًا لأسباب النيابة و شرائطها ، وأهلية الحكم والفتوى ، ولارب أن أعظم الأسباب المانعة الفسق ، فهي ظاهرة في منع الفاسق من الجلوس في هذا المقام وإن كان ظاهر العدالة بين الأنام ، وعدم جواز تقلده الأحكام . وجواز تقليد الناس له من حيث عدم ظهور فسقه لهم لا يدل على جوازه له ، لأنه عالم بأن الشارع قد منع الناس عن اتباع الفاسق وتقليده ، وليس إلا من حيث فسقه ، فالفسق صفة مانعة من تقلد هذه الامور ، وكلام من قدمنا كلامه وإن كان مخصوصاً بالشهادة أو مع الامامة ، إلا أن المواضع الثلاثة واحد ، فإن مبنى الكلام هو أنه هل يكتفي بظهور العدالة في جواز التقليد لهذه الامور المشروطة بها وإن لم يكن كذلك واقماً ؟ أم لا بد من ثبوتها واقماً ؟ فالكلام جارٍ في جميع ما يشترط فيه العدالة ، وهذا أحدها .

ومما يؤيد ما ذكرناه بأوضح تأييد هو أن الظاهر المتبادر من الآية والأخبار المصرح فيها بالعدالة واشراطها في الشاهد مثل قوله عز وجل وأشهدوا

ذوي عدل منكم، و قوله ^(١) يطلقها بحضور عدلين أو إذا شهدا عدلين و نحو ذلك هو اتصاف الشاهد بالعدالة في حد نفسه و ذاته ، لا بالنظر إلى غيره ، إذ لا يخفى أن قولنا فلان عدل وفلان ثقة مثل قولنا فلان عالم وشجاع وجواد ونحو ذلك، ومن المعلوم في جميع ذلك إنما هو اتصافه بهذه الصفات في حد ذاته، غاية الأمر أنه قد يطابق علم المكلف والواقع في ذلك، وقد يختلفان، بأن يكون كذلك في نظر المكلف، وإن لم يكن واقعاً، وحينئذ فيلزم كلاً حكمه، فيلزم من اعتقده عدالته جواز الاقتداء به مثلاً وقبول شهادته، ويلزمه هو عدم جواز الدخول في ذلك، كذا يلزم من اطلع على فسقه عدم جواز الاقتداء به.

وعلى هذا فإذا كان المراد من الآية والأخبار المشار إليها إنما هو اتصافه في حد ذاته ، فكيف يجعل المناط الاتصاف بالعدالة باعتبار الغير كما توهموه وبنوا عليه ما بنوا من الفروع المذكورة ؟ ولا ريب أنه متى كان كذلك إنما هو بالنسبة إليه في حد ذاته ، فإنه لا يجوز له الدخول فيما هو مشروط بالعدالة البتة .

و بذلك يظهر ما في كلام صاحب المسالك و من تبعه من الوهن و القصور ولا سيما في فرضه الثاني، وهو ما إذا علم الزوج فسقهما فطلق بحضورهما مع ظهور عدالتهما بين الناس ، فإنه أوهن من بيت العنكبوت وأنه لأوهن البيوت، ومقتضى تجويزه الطلاق هنا جواز اقتداء من علم فسق الامام به في الصلاة، لظهور عدالته بين الناس ، وهكذا قبول فتواه وأحكامه، والكل في البطلان أوضح من أن يحتاج إلى بيان ، و بالحيلة فالطلاق في الصورتين المفروضتين مما لا إشكال في بطلانه ولا سيما الثانية .

المسألة الثالثة: قال المحقق - رحمه الله عليه - في الشرائع: فلو شهد أحدهما

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ ح ٣ و ٤ و ٧ وما نقله المصنف هو مضمون الخبر لا نصه.

بالإنشاء ثم شهد الآخر به بانفراده لم يقع الطلاق، أما لو شهدا بالاقرار لم يشترط الاجتماع ، ولو شهد أحدهما بالإنشاء والآخر بالاقرار لم يقبل ، ولا تقبل شهادة النساء في الطلاق لانفرادات ولا منضمات إلى الرجال ، ولو طلق ولم يشهد ثم شهد كان الأول لغواً ووقع حين الشهادات إذا أتى باللفظ المعتبر في الإنشاء .

أقول: الكلام في هذه المقالة يقع في مواضع: الأول: قوله «ولو شهد أحدهما - إلى قوله - لم يقع الطلاق» ، والوجه في عدم وقوع الطلاق دلالة الأخبار ^(١) صريحاً وكذا ظاهر الآية ^(٢) على اجتماع الشاهدين في السماع ، وأنه لا يكفي تفريقهما بأن يطلق بحضرة واحد منهما ثم يطلق مرة أخرى بحضرة الآخر . ومن الأخبار المذكورة ما رواه في الكافي ^(٣) عن أحمد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن «قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع أشهد اليوم رجلاً ، ثم مكث خمسة أيام وأشهد آخر ، قال: إنكما امرأتان يشهدا جميعاً» . وما رواه في التهذيب ^(٤) في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام «قال: سألت عن تفريق الشاهدين في الطلاق، فقال: نعم وتعتمد من أول الشاهدين وقال: لا يجوز حتى يشهدا جميعاً» .

وموضع الدلالة من الخبر المذكور قوله في آخره «ولا يجوز حتى يشهدا جميعاً» وأن المراد به حال التحمل للشهادة ، و صدر الخبر مراد به الأداء لها ، ولهذا قال «و تعتمد» من أول الشاهدين « ولكن لا يجوز التزويج إلا بعد أداء الشاهد الثاني الذي يحصل به الثبوت الشرعي، ولو جاز التفريق في التحمل لم يجز الاعتماد إلا بالآخر لعدم صحة الطلاق إلا بعد شهادة الأخير، هذا مع قطع النظر

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٢٨١ ب ١٠ ح ٢ و ٣ و ٧ .

(٢) سورة الطلاق - آية ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧١ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٥٠ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠١ ب ٢٠ ح ٢ .

عن تصريحه في آخر الخبر بعدم جواز التفريق ، و بالجملة فالحكم المذكور لا خلاف ولا إشكال فيه .

الثاني : قوله « أما لو شهدا بالاقرار لم يشترط الاجتماع ، والوجه فيه ظاهر ، لأن الإقرار اعتراف وإخبار عن طلاق سابق وإقرار العقلاء على أنفسهم جائز ، والحكم فيه كما في غيره من الاقرارات ، ولا يشترط فيه اجتماع الشهود وإنما يشترط ذلك في الشهادة على إنشاء الطلاق كمدل عليه الخبران المتقدمان نعم لو كان الطلاق الأول باطلاً ، كأن يكون بغير شهود أو بشاهد واحد ، وعلم أن الإقرار الذي أقر له أخيراً إنما هو إشارة إلى ذلك الطلاق ، فلا ريب في البطلان وإن أقر به عند شاهدين مجتمعين ، فإنه إذا لم يصح الطلاق السابق لم يصح الإقرار به ، والحكم بالصحة إنما هو مع إطلاق الإقرار ، لأن الإطلاق منزل على الصحيح سواء شهد على إقراره الواحد شاهدان في دفعة ، أو شهدا متفرقين^(١) بأن أقر عند كل واحد ، لأن صحة الإقرار لا يشترط فيها الاشهاد ، وإنما المعتبر ثبوته شرعاً متى توقف عليها وهو يحصل مع كل من الأمرين^(٢) لأن مرجعهما إلى أمر واحد ، وبالجملة فالحكم مما لا إشكال فيه .

الثالث : قوله « ولو شهد أحدهما بالإنشاء والآخر بالاقرار لم يقبل ، والوجه فيه ظاهر مما تقدم ، فإن الطلاق الذي سمعه أحدهما بالإنشاء باطل لعدم استكمالها لشروط صحة الطلاق ، وهو اجتماع الشاهدين ، ومتى بطل كان الإقرار به باطلاً وإن شهد به اثنان فضلاً عن الواحد كما عرفت آنفاً .

الرابع : قوله « ولا تقبل شهادة النساء في الطلاق - إلى قوله - إلى الرجال » ويدل عليه ظاهر الآية وجملة من الأخبار مضافاً إلى ظاهر اتفاق الأصحاب على

(١) بمعنى أنه يصح إقراره ، وإن لم يشهد عليه أحداً فإنه يعتبر بثبوته . (منه - قدس سره -) .

(٢) أي مع تعدد الشاهد ، وشهادة كل واحد على واحد من الأمرين .

(منه - قدس سره -)

ذلك، فإن قوله عز وجل «وأشهدوا ذوي عدل منكم» ظاهر في اعتبار ذكوريتهما.
و من الأخبار قول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة الحلبي ^(١) «و أنه سئل عن
شهادة النساء في النكاح ، قال : تجوز إذا كان معهن رجل ، وكان علي عليه السلام يقول:
لا أجيزها في الطلاق» الحديث .

وقول أبي الحسن الرضا عليه السلام في رواية محمد بن الفضل ^(٢) «ولا تجوز شهادتهن»
في الطلاق ولا في الدم .

وقول أبي عبد الله عليه السلام في رواية داود بن الحصين ^(٣) «وكان أمير المؤمنين عليه السلام
يجيز شهادة المرأتين في النكاح ولا يجيز في الطلاق إلا بشاهدين عدلين» .
وقول علي عليه السلام في رواية السكوني ^(٤) «شهادة النساء لا تجوز في نكاح ولا
طلاق ولا في الحدود إلا في الديون وما لا يستطيع الرجل النظر إليه» .
وقوله عليه السلام في رواية محمد بن مسلم ^(٥) «لا تجوز شهادة النساء في الهلال ولا
في الطلاق» .

الخامس : قوله «ولو طلق ولم يشهد ثم أشهد... إلخ» والوجه في كون
الأول لغواً هو عدم استكمال الشرائط التي من أجلتها سماع الشاهدين ، والحكم
بوقوع الثاني لا بد فيه أيضاً من استكمال الشرائط ، وإلا لم يقع . وقوله «إذا

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٩٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٦٩ ح ١٢٨ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٥٨
ب ٢٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٣٩١ ح ٥ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٦٤ ح ١١٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٥٩
ب ٢٤ ح ٧ وما في المصادر «محمد بن الفضل» .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٢٨١ ضمن ح ١٧٩ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٦٥ ب ٢٤ ضمن ح ٣٥
وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٨١ ح ١٧٨ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٦٧ ح ٤٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٥) الكافي ج ٧ ص ٣٩١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٨ ب ٢٤ ح ٨ .

أنى باللفظ المعبر في الانشاء، إشارة إلى قصد الطلاق، فلو قصد الاخبار ولو كان بذلك اللفظ لقوله «أشهدا بأن فلانة طالق» قاصداً به الاشهاد لا الانشاء لم يقع. وعلى هذا فالمايز بين العبارتين وصحة الطلاق في أحدهما دون الآخر هو النية والقصد فإن قصد الانشاء وقع، وإن قصد الاشهاد لم يقع، ويمكن علم الشاهدين به بالقرائن المفهومة للحال، أو إخباره بذلك.

والأصل في هذا الحكم صحيحة أحمد بن محمد^(١) قال: سألته عن الطلاق، فقال: على طهر، وكان علي عليه السلام يقول: لا طلاق إلا بالشهود، فقال له رجل: إن طلقها ولم يشهد ثم أشهد بعد ذلك بأيام فمتى تعتد؟ فقال: من اليوم الذي أشهد فيه على الطلاق، والظاهر أن إطلاق الرواية مبني على ما علم من غيرها من إخبار الطلاق من وجوب استكمال الشروط في صحته الذي من جهتها قصد الانشاء وغيره.

المقصد الثاني في أقسام الطلاق

وينقسم إلى بدعي وسنّي، والسنّي ينقسم إلى بائن ورجعي. والرجعي ينقسم إلى عدي وغيره، فهنا أقسام أربعة:

الاول: الطلاق البدعي، منسوب إلى البدعة وهو المحرم إيقاعه، والمراد بالسنّي الذي يقابله هنا هو السنّي بالمعنى الأعم، وهو الجائز شرعاً سواء كان واجباً أو مندوباً أو مكروهاً^(٢).

(١) التهذيب ج ٨ ص ٥٠ ح ٧٨، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨٤ ب ١٠ ح ١٠.

(٢) قالوا: والمراد بالواجب طلاق المولى والمظاهر، فإنه يؤثر بعد المدة بأن يغير أو يطلق، فالطلاق واجب تخييراً.

والمراد بالمندوب الطلاق مع النزاع والشقاق وعدم رجاء الائتلاف والوفاق، وإذا لم تكن عفيفة يخاف منها إفساد الفرائض.

والمراد بالمكروه الطلاق عند التثام الأخلاق وسلامة الحال، وقد تقدمت جملة من الأخبار في صدر الكتاب دالة على الكراهة في الصورة المذكورة (منه - قدس سره -).

وللبدعي أسباب ثلاثة: (أحدها) الحيض، فلا يجوز طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج أو ما في حكمه من غيبته دون المدة المشروطة على ما تقدم تحقيقه مع كونها حائلاً، وكذا النساء.

(وثانيها) عدم استبرائها بطهر آخر غير مامستها فيه بأن بطلقها في الطهر الذي مستها فيه. وهذان السببان متفق عليهما بين الخاصة والعامة.

(وثالثها) طلاقها أزيد من واحدة بغير رجعة مخلله بين الطلقات، والتحرير في هذه الصورة من خصوصيات مذهب الشيعة، ووافقهم أبو حنيفة ومالك في بدعية الجمع بين الطلقات بلفظ واحد، واتفق الجمهور على صحة طلاق البدعة مع الائم، وأصحابنا على بطلانه^(١) إلا فيما زاد على الواحد، فإنه مع وقوعه مرتباً يقع واحداً إجماعاً، ومع وقوعه بلفظ واحد يقع واحداً أيضاً على الخلاف المتقدم. وادرد على ما ذكر من التخصيص بهذه الأسباب الثلاثة الطلاق بالكتابة، وبدون الاشهاد فإنه باطل، وكذا الطلاق أزيد من مرة مرتباً إذا لم يتخلل بينها رجعة.

ويمكن الجواب باختصاص البدعة بالثلاثة المتقدمة، وأن "ما زاد يكون باطلاً ويكون الطلاق الباطل أعم" من البدعي فإنه مجرد اصطلاح لامشاحة فيه، لكن على هذا لا يكون القسمة حاصرة، فإن "المقسم مطلق الطلاق الذي هو أعم" من الصحيح والفساد، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحكم في كل من هذه الأفراد.

الثاني: الطلاق السنّي "البائن"، وهو ما لا يصح "للزوج الرجعة معه، وهو

(١) حاصل المعنى أن أصحابنا على بطلان البدعي بجميع أفرادها إلا في صورة ما إذا طلق ثلاثاً مرتبة أو مرسله، فإن الطلاق يقع واحداً في الصورة الأولى إجماعاً، وفي الثانية على الخلاف، والبطلان في البدعية إنما يتوجه إلى الزائد.

سنة : طلاق التي لم يدخل بها، واليايسة، ومن لم تبلغ المحيض، والمختلعة، والمباراة ما لم ترجعا في البذل، والمطلقة ثلاثاً بينها رجعتان إذا كان حرة، وإلا فانتتان . قالوا : والمراد بالدخول الموجب للعدة القدر الموجب للغسل، وهو غيبوبة الحشفة أو قدرها في قبل أو دبر .

أقول : وتدلّ عليه جملة من الأخبار تقدم نقلها في فصل المهور، إلا أن في دخول الموطوعة في الدبر في ذلك إشكال تقدم التنبيه عليه . والمراد بمن لم تبلغ المحيض، أي لم تبلغ التسع، فلو بلغت لزمها العدة مع الوطء، وإن لم تكن ممنّ تحيض عادة، وتقييد المختلعة والمباراة بما لم ترجعا في البذل يقتضي أن الطلاق يكون رجعيّاً مع الرجوع فيه، فالعدة هنا قد تكون بائنة ورجعية بالاعتبارين المذكورين .

الثالث : الطلاق الرجعي العدي، وهو الذي يصح معه الرجعة وإن لم يرجع ويكون ذلك فيما عدا الأقسام الستة المتقدمة في البائن، وعلى هذا وما تقدم في سابق هذا القسم يكون طلاق المختلعة تارة من أقسام البائن، وهو فيما إذا لم يرجع في البذل، وتارة من أقسام الرجعي، وهو في صورة الرجوع، وإطلاق الرجعي على هذا القسم يكون بسبب جواز الرجوع فيه وإمكانه، ويعبر عن بعض أفراد بطلاق العدة^(١) وهو أن يطلق على الشرائط، ثم يرجع قبل الخروج من العدة ويواقع، ثم يطلقها في غير طهر الموافقة، ثم يرجعها ويواقعها، ثم يطلقها في طهر آخر، وهذه تحرم في الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره، وفي التاسعة مؤبداً كما ذكره من غير خلاف يعرف، وفيه كلام يأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى في المقام، ولو طلق بعد المراجعة قبل الموافقة صح، إلا أنه لا يسمى طلاق العدة، لاختلال أحد

(١) إشارة إلى أن ما يفهم من كلامهم من حصر الرجعي في العدي والسني ليس في محله، فإن من رجع في العدة ولم يواقع فطلاقه رجعي، وليس من طلاق السنة، ولا من طلاق الرجعة . (منه - قدس سره) .

شرطه وهو المواقعة ، ويكون طلاق السنة بالمعنى الأعم .

الرابع : الطلاق السنّي بالمعنى الأخص ، وهو المشار إليه آنفاً بأنه غير العدي ، وهو عبارة أن يطلقها ويتركها حتى تخرج من العدة ، رجعية كانت العدة أو بائنة ، ثم يتزوجها إن شاء ثم يطلقها ويتركها حتى تخرج من العدة ثم يتزوجها ، وهذه تحرم في كل ثلاثة حتى تنكح زوجاً غيره على المشهور ، ولا تحرم مؤبداً وإن بلغ تسعاً ، وفيه أيضاً ما سيأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى ، وهو يشارك طلاق العدة في الحكم الأول ، ويفارقة في الثاني ، والثاني منهما محل وفاق عندهم .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع :

الأول : قال السيد السند في شرح النافع : قد نقل جمع من الأصحاب الإجماع على أن المطلقة تسعاً للعدة تحرم مؤبداً ، ولم ينقلوا على ذلك دليلاً . والذي وقفت عليه في ذلك ما رواه الكليني ^(١) عن زرارة بن أعين وداود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الملائكة إذا لاعنها زوجها لم تحل له أبداً ، والذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً ، والذي يطلق الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ثلاث مرات لا تحل له أبداً ، والمحرم إذا تزوج وهو يعلم أنه حرام عليه لا تحل له أبداً .

وفي الصحيح عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام ، وإبراهيم بن عبد الحميد ^(٢) عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام قال : إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ، ثم طلقها زوجها فتزوجها الأول ، ثم طلقها فتزوجت رجلاً آخر ، ثم طلقها فتزوجها الأول ، فطلقها هكذا ثلاثاً لم تحل له أبداً .

وإطلاق الرواية الأولى وخصوص الثانية يقتضي حصول التحريم بالطلقات

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٨ ب ٤ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٨ ح ٧ وفيه «ثم طلقها الزوج الأول» بدل «فطلقها» .

التسع التي ليست للعدة ، لكن لأعلم بمضمونه قائلاً ، انتهى .
أقول : قد تقدم تحقيق الكلام في المقام في المطلب الرابع في استيفاء العدد من الفصل الثاني في أسباب التحريم من كتاب النكاح ، وذكرنا ما يدل على كلام الأصحاب ، إلا أن المسألة بقيت في قالب الاشكال لعدم حضور ما يحصل به الجمع بين أخبارها ، وإلى ما ذكرنا من هذا الكلام أشرنا فيما قدمنا في القسم الثالث والرابع بقولنا فيه ما ينبغي التنبيه عليه ، فإن مقتضى ما ذكره السيد السند من الأخبار المذكورة التحريم بالتسع مؤبداً في الطلاق العددي والسني بالمعنى الأخص جميعاً ، والأصحاب إنما أثبتوا التحريم بذلك في العددي خاصة وصرحوا بنفيه في السني .

وثانيها: قد تكاثرت الأخبار بتقسيم الطلاق إلى طلاق العدة وطلاق السنة ، وبذلك صرح الشيخ في النهاية وجمع من الأصحاب .

فروى الكليني^(١) في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: كل طلاق لا يكون عن السنة أو على العدة ليس بشيء ، قال زرارة : قلت لأبي جعفر عليه السلام : فسر لي طلاق السنة وطلاق العدة ، فقال : أما طلاق السنة فإذا أراد الرجل أن يطلق امرأته فلينتظر بها حتى تطمئ وتطهر ، فإذا خرجت من طمئتها طلقها تطليقة من غير جماع ، ويشهد شاهدين على ذلك ، ثم يدعها حتى تطمئ وتطهرا فتتقضي عدتها بثلاث حيض وقدمات منه ، ويكون خاطباً من الخطاب ، إن شاءت زوجته وإن شاءت لم تزوجه ، وعليه نفقتها والسكنى ما دامت في عدتها ، وهما يتوارثان حتى تقضي العدة ، قال : وأما طلاق العدة الذي قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة^(٢) فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها . ثم يطلقها تطليقة من غير جماع ،

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٤ ب ١ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) سورة الطلاق - آية ١ .

ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلك إن أحب ، أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض ، ويشهد على رجعتها ويواقعها حتى تحيض ، فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة أخرى من غير جماع ، ويشهد على ذلك ، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ، ويشهد على رجعتها ويواقعها ، وتكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة ، فإذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ويشهد على ذلك ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه ، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، قيل له : فإن كانت ممن لا تحيض ؟ فقال : مثل هذه تطلق طلاق السنة .

وعن محمد بن مسلم ^(١) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام : قال : طلاق السنة يطلقها تطليقة على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم يدعها حتى تمضي أقرؤها ، فإذا مضت أقرؤها فقد بانت منه ، وهو خاطب من الخطاب إن شاءت فنكحته وإن شاءت فلا ، وإن أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تمضي أقرؤها فتكون عنده على التطليقة الماضية .

وعن أبي بصير ^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : قال : سألته عن طلاق السنة ، قال : طلاق السنة إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته يدعها إن كان قد دخل بها حتى تحيض ثم تطهر ، فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين ، ثم يتركها حتى تعد ثلاثة قروء ، فإذا مضت ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة ، وكان زوجها خاطباً من الخطاب ، إن شاءت تزوجته وإن شاءت لم تفعل ، فإن تزوجها بمهر جديد كانت عنده على ثنتين باقيتين وقد مضت الواحدة ، فإن هو طلقها واحدة أخرى على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم تركها حتى تمضي أقرؤها ، فإذا مضت أقرؤها من قبل أن يراجعها فقد بانت منه باثنتين وملكت أمرها ، وحلت للأزواج ، وكان زوجها خاطباً من الخطاب ، إن شاءت تزوجته وإن شاءت لم تفعل ، فإن هو تزوجها

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٤ ب ١ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٥ ب ١ ح ٣ عبارة «وأما طلاق الرجعة . . . الخ» لم يذكرها صاحب الوسائل .

تزوجاً جديداً بمهر جديد كانت معه بواحدة باقية وقد مضت اثنتان ، فإن أراد أن يطلقها طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره تر كها ، حتى إذا حاضت وطهرت أشهد على طلاقها تطليقة واحدة ، ثم لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وأما طلاق الرجعة فإن يدعها حتى تحيض وتطهر ، ثم يطلقها بشهادة شاهدين ثم يراجعها ويواقعها ، ثم ينتظر بها الطهر ، فإذا حاضت أشهد شاهدين على تطليقة أخرى ثم يراجعها ويواقعها ، ثم ينتظر بها الطهر ، فإذا حاضت وطهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ، ثم لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وعليها أن تعتد ثلاثة قروء من يوم طلقها التطليقة الثالثة ، الحديث .

قال في الكافي : يستفاد من كلام بعضهم أن المعتبر في طلاق العدة الطلاق ثانياً بعد المراجعة والمواقعة ، وبعضهم لم يعتبر الطلاق ثانياً .

قيل : وربما لاح من كلام الشيخ في النهاية وجماعة أن الطلاق الواقع بعد المراجعة والمواقعة بوصف بكونه عدياً وإن لم يقع بعده رجوع ووقاع ، لكن الطلاق الثالث لا يوصف بكونه عدياً إلا إذا وقع بعد الرجوع والوقاع ، وفي بعض الروايات دلالة عليه .

أقول : ظاهر القول الأول والثاني هو اتصاف الطلاق الأول والثاني بكونه عدياً دون الثالث ، لأن الأول جعل شرط الاتصاف بكونه عدياً هو الطلاق ثانياً بعد المراجعة والمواقعة ، والقول الثاني اقتصر على المراجعة والمواقعة ، وكل منها حاصل في التطليقة الأولى والثانية ، أما الثالثة فلا ، ومقتضى ما نقل عن النهاية والجماعة المذكورين هو عدم اتصاف الطلاق الأول بكونه عدياً ، وإتما يتصف بذلك الطلاق الثاني والثالث .

والذي وقفت عليه في تفسير الطلاق العدي من الأخبار المروية في كتب الأخبار هو ما نقله من الخبرين المذكورين ، ولم أقف على غيرهما . والمفهوم منهما أن الطلاق العدي عبارة عن هذه الطلقات الثلاث الواقعة على هذه الكيفية من غير

تخصيص بالاولى أو الثانية أو غيرهما .

وفي معنى الخبرين المذكورين قول الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(١) - بعد أن ذكر طلاق السنة على نحو ما قدمناه في الأخبار المذكورة -: «وَأَمَّا طلاق العدة فهو أن يطلق الرجل امرأته على طهر من غير جماع بشاهدين عدلين ثم يراجعها من يومه أو من غد أو متى ما يريد من قبل أن تستوفي قروءها... فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها، وإذا أراد طلاقها يتربص بها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلقها في قبل عدتها بشاهدين عدلين، فإن أراد مراجعتها راجعها... فإن طلقها الثالثة فقد بانت منه ساعة طلقها، فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإذا انقضت عدتها منه وتزوجها رجل آخر وطلقها أو مات عنها وأراد الأول أن يتزوجها فعل، وإن طلقها ثلاثاً واحدة بعد واحدة على ما وصفناه لك فقد بانت منه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، فإن تزوجها وطلقها أو مات عنها وأراد الأول أن يتزوجها فعل، فإن طلقها ثلاث تطليقات على ما وصفته واحدة بعد واحدة فقد بانت منه، ولا تحل له بعد تسع تطليقات أبداً» .

وربما أشعر صدر كلامه عليه السلام بأن طلاق العدة ليس إلا عبارة عن الطلاق على الشروط، ثم الرجوع في العدة خاصة حيث إنه بعد أن فسره بذلك قال: «فإذا أراد أن يطلقها ثانية لم يجز ذلك إلا بعد الدخول بها» فجعل الدخول بها شرطاً في صحة الطلاق ثانياً. و ظاهره أن طلاق العدة يتحقق بدون الواقعة. وكيف كان فتوقف صحة الطلاق ثانياً على الواقعة محل كلام يأتي التنبيه عليه إن شاء الله تعالى، وقد تضمن ذلك عجز صحيحة أبي بصير المتقدمة مما لم ننقله منها، وهو موافق لما ذهب إليه ابن أبي عقيل في تلك المسألة الآتي تحقيقها إن شاء الله في محله .

وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك: واعلم أن تعريف المصنف وغيره لطلاق

(١) فقه الرضا ص ٢٤٢ مع اختلاف يسير.

السنة بالمعنى الأخص^١ يقتضي اختصاصه بذات العدة ، وأنه يشمل العدة البائنة والرجعية ، وفي كثير من الأخبار كالذي أسلفناه ما يدل على اختصاصه بالعدة الرجعية ثم لا يراجع فيها ، والوجه لحوق أحكامه بكل طلاق لا يلحقه رجعة ، سواء كان ذلك لعدم العدة أم لكونها بائنة ، أم لكونها رجعية ولم يرجع ، فإنها لا تحرم به في التاسعة مؤبداً ، لاختصاص ذلك المحكم بطلاق العدة ، ولصدق عدم الرجعية في جميع ما ذكرناه ، انتهى .

أقول : ما ذكره - رحمه الله - من دلالة الأخبار على اختصاص طلاق السنة بذات العدة الرجعية التي لم يرجع فيها جيد كما لا يخفى على من تأمل الأخبار التي قدمناها ، فتعريف بما يدخل فيه غير هذا الفرد من العدة البائنة أو غير ذات العدة غير جيد .

نعم لما كان التحريم في التاسعة مقصوراً في الأخبار على طلاق العدة ومشروطاً فيه المراجعة في العدة والمواقعة بعد الرجعة كان ما عداها من الأقسام المذكورة لا تحرم بها المرأة في التاسعة ، فهو حكم ثابت لطلاق السنة وغيره من الأفراد المذكورة .
وثالثها : المشهور بين الأصحاب أنه إذا طلق زوجته طلاق السنة المتقدم شرحه فإنها بعد الثالثة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وهذا الطلاق يفارق طلاق العدة في أن المطلقة به لا تحرم مؤبداً ، بخلاف طلاق العدة فإنها تحرم بعد التاسعة مؤبداً ، وهو محل دفاق على ما نقله في المسالك ، ويشاركه بناء على المشهور في عدم الحل بعد الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره .

ونقل عن عبد الله بن بكير أن هذا الطلاق أعني طلاق السنة - لا يحتاج إلى محلل بعد الثلاثة^(١) بل استيفاء العدة الثالثة بهدم التحريم ، وهو ظاهر الصدوق

(١) والظاهر أنه لا خلاف فيما عدا طلاق السنة من أنواع الطلاق في أنه بعد الثالثة يتوقف على المحلل ، وإنما محل الخلاف المنقول عن ابن بكير هو طلاق السنة خاصة ، ومحل الاختلاف في الأخبار أيضاً إنما هو طلاق السنة خاصة . (منه - قدس سره -).

والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة، ثم الكلام بما يستر الله سبحانه فهمه منها، فمما يدل على القول المشهور صحيحة أبي بصير^(٣) المتقدمة في سابق هذا الموضع .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ح ٤٠.

ج ٢٥ في ما لو طلق زوجته طلاق السنة لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ٢٧٧

ومارواه في التهذيب^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل طلق امرأته ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ، ثم تزوجها ، ثم طلقها من غير أن يدخل بها ، حتى فعل ذلك ثلاثاً ، قال : لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره» .
وعن الحسن بن زياد^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن طلاق السنة كيف يطلق الرجل امرأته ؟ فقال : يطلقها في طهر قبل عدتها من غير جماع بشهود فإن طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو أجلاً فقد باءت منه ، وهو خاطب من الخطاب ، وإن راجعها فهي عنده على تطليقة ماضية ، وبقي تطليقتان ، وإن طلقها الثانية ثم تركها حتى يخلو أجلاً فقد باءت منه ، وإن هو أشهد على رجعتها قبل أن يخلو أجلاً فهي عنده على تطليقتين ماضيتين وبقيت واحدة ، فإن طلقها الثالثة فقد باءت منه ، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وهي تراث وثورث ما كان له عليها رجعة من التطليقتين الاولتين .

وما رواه الشيخ^(٣) في الصحيح عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام «قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا أراد الرجل الطلاق طلقها قبل عدتها في غير جماع فإنه إذا طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو أجلاً إن شاء أن يخطب مع الخطاب فعل ، فإن راجعها قبل أن يخلو أجلاً أو بعده كانت عنده على تطليقة ، فإن طلقها الثانية أيضاً فشاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها^(٤) حتى يخلو أجلاً ، فإن شاء راجعها قبل أن ينقضي وإن فعل فهي عنده على تطليقتين ، فإن طلقها الثالثة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٦٥ ح ١٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥١ ب ٣ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٦ ب ١ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٩ ح ٩ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٧ ب ١ ح ٧ .

وما في المصادر اختلاف يسير .

(٤) قوله «إن كان تركها» قيد للمشية في قوله «فشاء أن يخطبها» وجواب الشرط محذوف

أي فعل ، كما تقدم التصريح به في سابق هذا الكلام من الخبر . (منه - قدس سره -) .

فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ، و هي ثرث و ثورث ما كانت في الدم من التطلقين الاولتين .

ومارواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن ابن اذينة وزرارة وبكير و محمد بن مسلم و يريد بن معاوية والفضيل بن يسار وإسماعيل الأزرق ومعمّر بن يحيى بن بسمّ كلهم سمعه عن أبي جعفر عليه السلام وعن ابنه أبي عبد الله عليه السلام بصورة ما قالوا وإن لم أحفظ حروفه غير أنه لم يسقط جمل معناه : إن الطلاق الذي أمر الله به في كتابه وسنة نبيه صلى الله عليه وآله أن المرأة إذا حاضت و طهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل أن يجامعها على تطليقه ، ثم هو أحق برجمتها ما لم تمض لها ثلاثة قروء ، فإن راجعها كانت عنده على تطليقتين و إن مضت ثلاثة قروء قبل أن يراجعها فهي أملك بنفسها ، فإن أراد أن يخطبها مع الخطّاب خطبها ، فإن تزوجها كانت عنده على تطليقتين ، وما خلا هذا فليس بطلاق .

و منها ما رواه في الكافي و التهذيب ^(٢) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها ، فإذا طلقها الثالثة لم تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ، الحديث .

و مارواه في الكافي ^(٣) عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في المطلقة التطليقة الثالثة لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ويذوق عسيلتها . و نحو هذه الرواية ممّا دلّ بإطلاقه على ما ذكرناه مارواه الشيخ ^(٤) في

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥١ ب ٣ ح ٧ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٣ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٢ ب ٣ ح ٩ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٣ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٣ ب ٣ ح ١٠ وما في المصادر وعسيلتها .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٦٦ ح ١٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٠ ب ٣ ح ١ .

الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال : البكر إذا طُلقت ثلاثاً مرات وتزوجت من غير نكاح فقد بادت منه ، ولا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره .

ونحوها رواية طربال ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام .
وعن عبد الله بن سنان ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة طُلقت زوجها ثلاثاً قبل أن يدخل بها ، قال : لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره .
وأما ما يدلّ على ما ذهب إليه ابن بكير من أن استيفاء العدة يهدم الطلاق المتقدم ، ولا تحتاج المطلقة كذلك إلى محلّل بعد الثالثة ، فهو ما رواه الشيخ ^(٣) عن ابن بكير عن زرارة قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الذي يحبّه الله والذي يطلقه الفقيه وهو العدل بين المرأة والرجل أن يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وإرادة من القلب ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء ، فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة وهو آخر القروء - لأنّ الأقراء هي الأطهار - فقد بادت منه ، وهي أملك بنفسها ، فإن شاءت تزوجته وحلّت له بلا زوج ، فإن فعل هذا بها مائة مرة هدم ما قبله وحلّت بلا زوج ، وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها ويطلقها لم تحلّ له إلّا بزواج .

وما رواه في الكافي ^(٤) عن حميد بن زياد ، عن عبد الله بن أحمد عن ابن أبي عمير عن ابن المغيرة عن شعيب الحداد ، عن المعلّى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض ، ثم تزوجها ، ثم طلقها من غير أن يراجع ، ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض ، قال : له أن يتزوجها أبداً ما لم

(١) التهذيب ج ٨ ص ٦٥ ح ١٣٥ و ١٣٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٠ ب ٣ ح ٢ و ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٥ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٥ ب ٣ ح ١٦ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٤ ب ٣ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير .

يراجع ويمس . و كان ابن بكير وأصحابه يقولون هذا ما أخبرني ابن المغيرة ، قال : قلت له : من أين قلت هذا ؟ قال : قلته من قبل رواية رفاعه ، روى عن أبي عبدالله عليه السلام أنه يهدم ما مضى ، قال : قلت له : فإن رفاعه إنما قال : طلقها ، ثم تزوجها رجل ثم طلقها ، ثم تزوجها الأول ، إن ذلك يهدم الطلاق الأول .

و عن حميد بن زياد عن ابن سماعة عن محمد بن زياد و صفوان عن رفاعه ^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل طلق امرأة حتى بانت منه و انقضت عدتها ، ثم تزوجت زوجاً آخر فطلقها أيضاً ، ثم تزوجها زوجها الأول ، أيهدم ذلك الطلاق الأول ؟ قال : نعم . قال ابن سماعة : وكان ابن بكير يقول : المطلقة إذا طلقها زوجها ثم تركها حتى تبين ثم تزوجها فإنما هي عنده على طلاق . ستأنف قال : و ذكر الحسين بن هاشم أنه سأل ابن بكير عنها ، فأجابه بهذا الجواب ، فقال له : سمعت في هذا شيئاً ؟ فقال : رواية رفاعه ، فقال : إن رفاعه روى إذا دخل بينهما زوج ، فقال : زوج و غير زوج عندي سواء ، فقلت : سمعت في هذا شيئاً ؟ فقال : لا ، هذا ما رزق الله عز وجل من الرأي ، قال ابن سماعة : و ليس نأخذ بقول ابن بكير ، فإن الرواية إذا كان بينهما زوج .

و عن محمد بن أبي عبدالله عن معاوية بن حكيم عن ابن المغيرة ^(٢) قال : سألت عبدالله بن بكير عن رجل طلق امرأته واحدة ثم تركها حتى بانت منه ثم تزوجها ، قال : هي معه كما كانت في التزويج ، قال : قلت له : فإن رواية رفاعه إذا كان بينهما زوج ، فقال لي عبدالله : هذا زوج وهذا معاً رزق الله من الرأي و متى ما طلقها واحدة فبانت منه ثم تزوجها زوج آخر ثم طلقها زوجها

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٣ ب ٣ ح ١١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٧٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٣٠ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٣ ب ٣ ح ١٢

وما في المصادر اختلاف يسير ، وعبارة «قال معاوية بن حكيم . . .» غير موجودة في التهذيب والوسائل .

فتزوجها الأول فهي عنده مستقبلة كما كانت ، فقلت لعبدالله : هذا برواية من ؟ فقال : هذا مما رزق الله تعالى . قال معاوية بن حكيم : روى أصحابنا عن رفاة ابن موسى أن الزوج يهدم الطلاق الأول ، فإن تزوجها فهي عنده مستقبلة . قال أبو عبدالله عليه السلام : يهدم الثلاث ولا يهدم الواحدة و الثنتين . و رواية رفاة عن أبي عبدالله عليه السلام هو الذي احتج به ابن بكير ، انتهى ما ذكره في الكافي . و قد تقدم نقل كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(١) كما عبر به الصدوق في الفقيه .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الشيخ بعد نقل الرواية الأولى التي رواها ابن بكير عن زرارة أجاب عنها فقال ^(٢) : فهذه الرواية أوكد شبهة من جميع ما تقدم من الروايات ، لأنها لا تحتل شيئاً مما قلناه ، لكونها مصرحة خالية من وجوه الاضرار إلا أن في طريقها عبدالله بن بكير ، وقد بينا من الأخبار ما تضمن أنه قال حين سئل عن هذه المسألة : هذا مما رزق الله من الرأي - ثم قال : - ومن هذه صورته فيجوز أن يكون أسند ذلك إلى رواية زرارة نصرة لمذهبه الذي كان أفتى به ، وأنه لما رأى أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه أسنده إلى من رواه عن أبي جعفر عليه السلام ، وليس عبدالله بن بكير معصوماً لا يجوز عليه هذا ، بل وقع عنه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلى اعتقاد مذهب الفطحية ما هو معروف من مذهبه ، والغلط في ذلك أعظم من إسناده فيما يعتقده صحته بشبهة إلى بعض أصحاب الأئمة عليهم السلام ، وإذا كان الأمر على ما قلناه لم يعرض هذه الرواية ما قدمناه ، انتهى .

واعترضه جملة من أفاضل المتأخرين ومتأخريهم ، بأن هذا القدر العظيم في ابن بكير ينافي ما صرح به في فهرسته من توثيقه ، ومارواه الكشي من الاجماع على تصحيح ما يصح عنه ، ويوجب عدم جواز العمل بروايته مع أنهم متفقون على

(١) فقه الرضا ص ٢٤٢ قوله «سمي طلاق السنة ... الخ» .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٥ بعد ذكر حديث ٢٦ وفيه اختلاف يسير .

العمل بها ، بل ترجيحها بما تقدم من الإجماع المذكور على غيرها .
وأنت خير بأنته لا يخفى على المعترض . فيما قدمناه من الروايات عن الكافي المتضمنة لمحااجة الأصحاب لعبدالله المذكور فيما تفرد به وذهب إليه ، وجوابه تارة بالأخذ برواية رفاعه ، مع أن رواية رفاعه إنما تضمنت الهدم بالزوج الثاني ، لا بمجرد استيفاء العدة كما ادعاء ، وجوابه تارة بأن هذا مما رزقه الله من الرأي ، - أنه لو كان لهذه الرواية التي نقلها عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أصل يومئذٍ لكافٍ هي الأولى لا حتاجة وإلجام السنة المعترضين عليه ، وحيث لم يحنج بها ولم يذكرها علم أنها مخترة بعد ذلك ، وأنه لما رأى عدم قبول قوله وما احتج به في تلك الأخبار عدل إلى هذه الرواية لما ذكره الشيخ من الشبهة التي عرضت له .

ومنه يعلم الجواب عما اعترضوا به الشيخ من أن ذلك موجب لعدم جواز العمل برواية عبدالله المذكور ، لأن الشيخ لم يطعن عليه بأنته يعتقد المخالفة في الحكم الشرعي ، وإنما أسند إليه عرض الشبهة في ذلك وأنته بسبب عرض هذه الشبهة وتوهم أنها حق روى عن زرارة هذه الرواية .

والأقرب عندي هو حمل ما ذكره ابن بكير من هذه الأقوال وكذا رواية صحيحة زرارة على التقيّة وأن ابن بكير كان عالماً بالحكم المذكور في كلام الأصحاب ، ولكنّه عدل عن القول به وإظهار الافتاء به تقيّة ، وعلى هذا يحمل صدر رواية معلّى بن خنيس المتقدمة .

وبالجملة فإن شهرة الحكم بين متقدمي الأصحاب ومتأخريهم مع اعتضاها بما قدمناه من الأخبار المتكاثرة ظاهرة في أن ذلك هو مذهبهم عليهم السلام ، وأن القول بخلاف ذلك ضعيف .

ومن الأخبار الدالة على مذهب ابن بكير أيضاً ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٠٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٥ ب ٣ ح ١٥ .

عن عبدالله بن سنان « قال : إذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع بشهود ، فإن تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث وبطلت التطليقة الأولى ، وإن طلقها اثنتين ثم " كف " عنها حتى تمضي الحيضة الثالثة بأت منه بنتين ، و هو خاطب من الخطأ ، فإن تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات وبطلت الاثنتان ، فإن طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . . » .

وحمل الشيخ على أنه تزوجها بعد العدة و بعد أن تزوجها زوج آخر ، ولا يخفى بعده ، والأظهر حمله على ما حملنا عليه أمثاله ، على أن الرواية المذكورة مقطوعة ، وإتضا هي فتوى عبدالله بن سنان فلا تقوم به حجة .

مسائل

الأولى : في طلاق الحامل لا خلاف بين الأصحاب في جواز طلاقها مرة ، وعليه تدل جملة من الأخبار مثل قول أبي عبدالله عليه السلام في صحيحة الحلبي ^(١) « لا بأس بطلاق خمس على كل حال : الغائب عنها زوجها ، والتي لم تحض ، والتي لم يدخل بها ، والحبلية ، والتي يئست من المحيض » .

وقول أبي جعفر عليه السلام في رواية إسماعيل بن جابر الجعفي ^(٢) « خمس يطلقن على كل حال : الحامل المتيقن حملها ، الحديث ، و بهذا المضمون أخبار عديدة ، وإتضا يجوز تطليق هؤلاء على كل حال ، لأنهن مأمونات من العلوق .
إتضا الخلاف بين الأصحاب فيما زاد على المرة ، فقال الصدوقان في الرسالة والمقنع : وإن راجعها - يعني الحبلية - قبل أن تضع ما في بطنها ، أو يمضي لها ثلاثة أشهر ، ثم أراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها و تطهر ثم يطلقها . و هو ظاهر في المنع من الطلاق ثانياً مادامت حاملاً ، أو يمضي ثلاثة

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٦ ب ٢٥ ح ٣ وص ٣٠٥ ح ١

وفيها اختلاف يسير .

أشهر أعم من أن يكون للعدة وغيره .

وقال الشيخ في النهاية : وإن أراد أن يطلق امرأته وهي حبلى يستبين حملها فيطلقها أي وقت شاء ، وإذا طلقها واحدة كان أملك برجعته ما لم تضع ما في بطنها ، فإذا راجعها وأراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها ، فإذا راجعها [و] أراد طلاقها للعدة واقعها ثم طلقها بعد الواقعة ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه بطلقتين ، وهو أملك برجعته ، فإن راجعها وأراد طلاقها ثالثة واقعها ، ثم يطلقها ، فإذا طلقها الثالثة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وتبعه ابن البر "أج وابن حزة .

وذهب ابن الجنيدي إلى المنع من طلاق العدة إلا بعد شهر ، ولم يتعرض لغيره قال على ما نقله في المختلف : والحبلى إذا طلقها زوجها وقع عليها الطلاق ، وله أن يرتجعها ، فإن أراد طلاقها تركها شهراً من حال جماعه في الرجعة ثم طلقها فإن ارتجعها الثانية وأراد طلاقها طلقها كذلك ، فإذا ارتجعها ثم طلقها كذلك لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وذهب ابن إدريس والمحقق وبتاعة إلى جواز طلاقها مطلقاً كغيرها ، وأنه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة ، إذ لا مانع من إجماع ولا كتاب ولا سنة متواترة ، والأصل الصحة مع عموم «فإن طلقها» .

أقول : والأصل في هذا الاختلاف اختلاف أخبار المسألة ، فالواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ثم الكلام فيها بما رزقه الله تعالى فهمه منها . فمنها ما رواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : طلاق الحامل واحدة ، وإن شاءت راجعها قبل أن تضع ، فإن وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٠ ح ٢ ب ٢٠ وفيها «وإن شاء» .

وعن إسماعيل الجعفي^(١) في الصحيح عن أبي جعفر^{عليه السلام} قال : طلاق الحامل واحدة ، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه ، ورواه الكليني نحوه .
وما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن الكنانى عن أبي عبد الله^{عليه السلام} قال : طلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين .
وعن أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله^{عليه السلام} قال : الحبلى تطلق تطليقة واحدة .
وما رواه في الكافي^(٤) بأسانيد عديدة فيها الصحيح عن إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر^{عليه السلام} قال : طلاق الحامل واحدة فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه .
وما رواه الصدوق في الفقيه^(٥) عن زرارة عن أبي جعفر^{عليه السلام} مثله ، وطريقه إلى زرارة صحيح في المشيخة .
وما رواه في التهذيب^(٦) عن سماعة في الموثق قال : سألت عن طلاق الحبلى ، فقال : واحدة ، وأجلها أن تضع حملها .
وما رواه في الكافي والتهذيب^(٧) عن الحلبي في الصحيح قال : طلاق الحبلى واحدة وأجلها أن تضع حملها وهي أقرب الأجلين .

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٠ ح ١٥٣ وفيه « طلاق الحامل واحدة ولاجلها أن تضع حملها . . . » ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٠ ب ٢٠ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٠ ح ١٥١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٠ ب ٢٠ ح ٣ .
(٣) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٠ ح ١٥٢ و ١٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨١ ب ٢٠ ح ١ و ٤ .
(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٩ ح ١ .
(٥) التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨١ ب ٢٠ ح ٥ .
(٦) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٩ ب ٩ ح ٦ ، وما في المصادر « وهو أقرب . . . » .

ومارواه في الفقيه والتهذيب^(١) عن محمد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى ، قال : يطلقها . قلت : فراجعها ؟ قال : نعم راجعها ، قلت : فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها ، قال : لا ، حتى تضع .

ومارواه في الكافي^(٢) في الصحيح عن بريد الكناسي وهو مجهول ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلى فقال : يطلقها واحدة للعدة بالشهور والشهود ، قلت : فله أن يراجعها ؟ قال : نعم وهي امرأته ، قلت : فإن راجعها ومستها ثم أراد أن يطلقها تطليقة أخرى ، قال : لا يطلقها حتى يمضي لها بعد ما مستها شهر ، قلت : فإن طلقها ثانية وأشهد على طلاقها ثم راجعها وأشهد على رجعتها ومستها ، ثم طلقها التطليقة الثالثة وأشهد على طلاقها لكل عدة شهر ، هل تبين منه كما تبين المطلقة على العدة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجاً غيره ؟ قال : نعم ، قلت : فما عدتها ؟ قال : عدتها أن تضع ما في بطنها ، ثم قد حلت للأزواج .

ومارواه في التهذيب^(٣) عن إسحاق بن عمار في الموثق ، قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة ، قال : تبين منه ، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وعن إسحاق بن عمار^(٤) في الموثق عن أبي الحسن عليه السلام ، قال : سألته عن رجل طلق امرأته وهي حامل ، ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها الثالثة ،

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨١ ب ٢٠ ح ٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٢ ب ٢٠ ح ١١ والصحيح : يزيد الكناسي ، مع اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨١ ب ٢٠ ح ٦ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٢ ب ٢٠ ح ١٠ .

في يوم واحد ، تبين منه ؟ قال : نعم ،

ومارواه في التهذيب ^(١) عن ابن بكير عن بعضهم « قال : في الرجل تكون له المرأة الحامل وهو يريد أن يطلقها قال : يطلقها إذا أراد الطلاق بعينه يطلقها بشهادة الشهود ، فإن بدا له في يومه أو من بعد ذلك أن يراجعها يريد الرجعة بعينها فليراجع ويواقع ثم يبدوله فيطلق أيضاً ثم يبدوله فيراجع كما راجع أولاً ، ثم يبدوله فيطلق فهي التي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره إذا كان إذا راجع يريد المواقعة و الإمساك و يواقع » .

وعن إسحاق بن عمار ^(٢) في الموثق عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال : سألته عن الجبلى تطلق الطلاق التي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ؟ قال : نعم ، قلت : أأست قلت لي إذا جامع لم يكن له أن يطلق ؟ قال : إن الطلاق لا يكون إلا على طهر قد بان ، أو حمل قد بان ، وهذه قد بان حملها » .

أقول : لما توهم السائل عدم جواز الطلاق بعد الجماع قبل الاستبراء أجابه عليه السلام بأن هذا في غير الحامل المستبين حملها لتكاثر الأخبار كما عرفت بأنها من اللواتي يطلقن على كل حال .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٣) : « وأما طلاق الحامل فهو واحد ، وأجلها أن تضع ما في بطنها ، وهو أقرب الأجلين ، فإذا وضعت أو سقطت يوم طلقها أو بعده متى كان فقد بانت منه و حلت للأزواج ، فإن مضى لها ثلاثة أشهر من قبل أن تضع فقد بانت منه ، و تحل للأزواج حتى تضع ، فإن راجعها من قبل أن تضع ما في بطنها أو يمضي لها ثلاثة أشهر ثم أراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها وتطهر ثم يطلقها » .

هذا ما حضرني من الأخبار في المقام ، والشيخ قد حمل الأخبار الاولة الدالة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٧٢ و ٧١ ح ١٥٨ و ١٦٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٢ ب ٢٠ ح ٨ و ٩

مع اختلاف يسير في الحديثين الأخيرين .

(٢) فقه الرضا ص ٢٤٤ مع اختلاف يسير .

بظاهرها على انحصار طلاق الحامل في الواحدة على طلاق السنة جمعاً بين الأخبار المذكورة وما قبلها ، وهو جيد كما يظهر لك إن شاء الله تعالى .

والسيد السند في شرح النافع لما كان مطمح نظره متعلقاً بالأسانيد، فهو يدور مدار الأسانيد الصحيحة، رجّح العمل بالأخبار الدالة على انحصار طلاقها في الواحدة لكثرة الأخبار الصحاح فيها، فقال بعد البحث في المسألة: والذي يقتضيه الوقوف مع الأخبار الصحيحة المستفيضة الحكم بأن " طلاق الحامل واحد، لكن المصنف في الشرائع ادعى الاجماع على جواز طلاق الحامل ثانياً للعدة، ثم نقل الخلاف في طلاقها للسنة، ونقل عنه أنه قال في بعض تحقیقاته: الوجه الاعراض عن أخبار الآحاد والاتفات إلى ما دل عليه القرآن من جواز طلاقها مطلقاً، ويشكل بأن " الأخبار المتضمنة - لأن (١) طلاق الحامل واحدة - مستفيضة كما عرفت و أسانيدها معتبرة ، و ليس لها ما يصلح للمعارضة ، فأطراحها مشكل ، انتهى وهو جيد .

بناءً على هذا الاصطلاح المحدث الذي هو عليه فإن " الأخبار في هذه المسألة ظاهرة التعارض لدلالة ظاهر أخبار الواحدة على انحصار طلاق الحامل فيها ، وإنّها لا تطلق إلا واحدة، فلوراجعها قبل خروج العدة فليس له أن يطلقها إلا بعد وضع الحمل كما دلت عليه رواية الصيقل و كلام الرضا عليه السلام في كتاب فقه الرضوي و دلالة الأخبار الباقية على أنّها تطلق ثانية و ثالثة و هي حامل بعد المراجعة والمواقعة أو مع عدمها ، ومن قاعدة أرباب هذا الاصطلاح أنّهم لا يجمعون بين الأخبار إلا بعد التكافي في الأسانيد، وأخبار الزيادة على واحدة قاصرة عن المعارضة لضعف أسانيدها ، فيتعين العمل بأخبار الواحدة .

هذا حاصل كلامه - رحمه الله - وهذا هو مذهب الصدوقين ، فإن " ما نقله الأصحاب عنهما ممّا قدمنا ذكره في صدر المسألة لم ينقل على وجهه ، ورسالة الشيخ علي بن الحسين بن بابويه ، وإن كانت لا تحضرنى الآن لكن " المقنع عندي

(١) والصحيح «بأن» كما يظهر من سياق العبارة .

موجود، والذي فيه عين ما ذكر الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي، وإن فرق بعض ألقاظه عن بعض إلا أن المرجع إلى أمر واحد، وهذه صورة ما فيه: و اعلم أن أولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن، وهو أقرب الأجلين، وإذا وضعت أو أسقطت يوم طلقها أو بعده متى كان فقد باغت منه فلا تحل للأزواج حتى تضع، فإن راجعها قبل أن تضع ما في بطنها أو يمضي لها ثلاثة أشهر ثم أراد طلاقها فليس له حتى تضع ما في بطنها ثم تطهر و يطلقها، وسئل الصادق عليه السلام عن المرأة الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة، فقال: قد باغت منه، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وطلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين، انتهى.

و أنت خير بأن المفهوم منه هو ما نقلناه عن كتاب الفقه، فإنه أفتى فيه بكون طلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين، وهو وضع الحمل كما هو مذهبه في المسألة، وأفتى بناءً على ذلك بأنه لو راجعها قبل مضي العدة وهي ثلاثة أشهر أو وضع الحمل فإنه ليس طلاقاً إلا بعد وضع الحمل، وهو ظاهر بل سريع في أنه لا يجوز له طلاقها ثانياً ما دامت حاملاً، ثم نقل عن الصادق عليه السلام مضمون ما دلت عليه موثقنا عمار المتقدمتان من جواز الزيادة على طلقة واحدة، وفي نسبة ذلك إلى الرواية مع إفتائه بخلافه ما يدل على اختلاف الرواية يومئذ عندهم، ولكن الراجح عنده ما أفتى به اعتماداً على الكتاب الذي أفتى بعبارته، ومثله كثير قد قدمنا التنبيه عليه، سيما في كتب العبادات من اعتماد الصدوقين على الكتاب المذكور والافتاء بعبائره في مقابلة الأخبار الصحيحة السريجة المتكاثرة الدالة على خلاف ذلك.

ومما شر حناه يظهر لك أن مستند الصدوقين فيما ذهبوا إليه إنما هو كتاب الفقه الرضوي كما عرفته في غير موضع مما تقدم من الكتب السابقة، وأن مذهب الصدوقين هو ما يظهر من السيد السند التعويل عليه، وليته كان حياً فأهدبه إليه.

نعم يبقى الاشكال في الروايات الاخر و ما دلت عليه من جواز التعدد ،
والشيخ قد جمع بين أخبار المسألة كمالاً بحمل ما دلّ على أن طلاق الحامل
واحدة ولا يجوز ما زاد عليها على طلاق السنة بالمعنى الأخص ، وحمل الأخبار
الدالة على جواز الزيادة على واحدة على طلاق العدة .

واعترضه الشهيد الثاني (أولاً) بأن محلّ الخلاف إنّما هو الطلاق الثاني
لا الأول للاتفاق على صحّة الأول كما تقدم ، واستفاضة الأخبار به سنياً كان
أو عدياً ، والطلاق السنّي بالمعنى الأخص لا يقع ثانياً بالنسبة إلى الحامل لأنّها
بعد الطلاق الأول للسنة الذي شرطه الخروج من العدة - لا يجوز العقد عليها
إلا بعد وضع الحمل ، وحينئذ لا يكون حاملاً ، فلو طلقها في الحال هذه لم يدخل
في محلّ البحث .

نعم الطلاق الأول يصدق عليه أنّه للسنة متى تركها حتى وضعت حملها ،
لكنّه ليس محلّ خلاف ، إنّما محلّه الطلاق الثاني كما عرفت ، وهو لا يتم في
الحامل بالكليّة .

(ثانياً) بأن تخصيصه الجواز بالعدي ، فيه أن الأخبار قد دلت على جواز
التعدد ، وإن لم يكن عدياً كموثقتي إسحاق بن عمار الاولتين من موثقاته
الثلاث المتقدمة ، فإنّ ظاهرهما المراجعة من غير موافقة ، وهو ليس بعدي ولا
سنّي بالمعنى الأخص ، نعم هو سنّي بالمعنى الأعم .

أقول: يمكن الجواب عمّا ذكره رحمه الله - أمّا عن (الأول) فبأنّه وإن كان
محلّ الخلاف إنّما هو الطلاق الثاني للحامل كما ذكر - رحمه الله - إلا أن
الشيخ لم يلحظ ذلك ، لأنّ مطمح نظره إلى الجمع بين أخبار المسألة ، وجملة منها
قد صرحت بالانحصار في الطلقة الواحدة ، فلا يجوز طلاقها ثانياً ، وجملة منها
صرحت بالزيادة على الواحدة ، والشيخ حمل الواحدة في هذه الأخبار وهي التي
لم يقع قبلها طلقة على طلاق السنة ، بمعنى أنّه إذا أراد أن يطلق الحامل

ج ٢٥ في اعتراض الشهيد الثاني على وجه جمع الشيخ ونقد المصنف له ٢٩١

طلاق السنة طلقها طلاقاً واحدة، وتركها حتى تضع حملها، ولا يجوز أن يراجعها ويطلقها قبل الوضع طلاقاً سنياً، لأنه مشروط بالخروج من العدة التي هي هنا وضع الحمل، فطلاق السنة طلاقاً ثانياً لا يكون للحامل بالكلفة، فإنها بعد وضع الحمل لو طلقت لم يكن طلاق حامل فيخرج عن محل البحث.

وأما عن (الثاني) فبأن يقال: إنه لا ريب أن أخبار الزيادة على واحدة منها ما هو صريح في طلاق العدة كرواية بريد الكناسي^(١)، وإن اشتملت على الشهر هنا زيادة على ما شرط في طلاق العدة في غير هذا الموضع، ورواية ابن بكير عن بعضهم.

ومنها ما هو مطلق كموثقتي إسحاق بن عمار الاولتين من الثلاث المتقدمات وطريق الجمع بينها تقييد إطلاق هاتين الروايتين بما دلت عليه الروايتان الاخريان، والظاهر أن هذا هو الذي قصده الشيخ - رحمه الله عليه - وإلى ما ذكرناه يشير كلام العلامة في المختلف، حيث قال بعد البحث في المسألة ما لفظه: والتحقيق في هذا الباب أن يقول: طلاق العدة والسنة واحد وإثماً يصير للسنة بترك المراجعة وترك المواقعة، وللعدة بالرجعة في العدة والمواقعة، فإن طلقها لم يظهر أنه للسنة أو للعدة إلا بعد وضع الحمل، لأنه إن راجع قبله كان طلاق العدة، وإن تركها حتى تضع كان طلاق السنة، فإن قصد الشيخ ذلك فهو حق، وتحمل الأخبار عليه، انتهى.

أقول: لا ريب أن هذا هو الذي قصده الشيخ - رحمه الله - وإن خرج فيه عن محل البحث، حيث إن مراده الجمع بين أخبار المسألة وكلام العلامة كما ترى إثماً هو بالنسبة إلى الطلاق الأول فهو الذي حمل عليه كلام الشيخ، وبذلك يعلم اندفاع ما أورده شيخنا المتقدم ذكره على الشيخ - رحمه الله عليه -.

(١) والصحيح كما سبق ذكره «يزيد الكناسي».

نعم يبقى الكلام فيما دلت عليه رواية بريد [يزيد الكناسي] من اعتبار الشهر في طلاق العدة هنا ، و الواجب تقييد ما اطلق من الأخبار بها إذ لا معارض لها - مع قوة سندها ، فإن روايتها غير الراوي المذكور من الثقات الامامية - إلا إطلاق الأخبار المذكورة ، وهي قابلة للتقييد بها ، وحينئذ فمتى راجع وواقع لم يجز له الطلاق إلا بعد مضي شهر من يوم الواقعة ، ويحتمل بالنسبة إلى موثقتي إسحاق بن عمار العمل بظاهرهما من جواز الطلاق ثانياً بعد المراجعة من غير واقعة ، وإن لم يكن عدياً ولا سنّياً بالمعنى الأخص بل بالمعنى الأعم ، ولعله أظهر ، وقد تلخص مما ذكرنا أنه متى أراد الطلاق للسنة وليس له أن يطلقها إلا طلاقاً واحدة ويتركها حتى تضع حملها وإن أراد الطلاق للعدة ، فإن رجع وواقع فليس له الطلاق ثانياً إلا بعد مضي الشهر ، فإن لم يواقع بناءً على ما ذكرنا من الاحتمال فله أن يطلقها متى شاء ، وحينئذ فيثبت للحامل طلاق السنة بالمعنى الأخص وطلاق العدة خاصة بناءً على كلام الشيخ ومن تبعه ، وطلاق السنة بالمعنى الأعم بناءً على ما ذكرناه من الاحتمال عملاً بإطلاق الموثقتين المذكورتين .

ومن ذلك يعلم أنه متى كان محل الخلاف هو الطلاق الثاني - كما هو ظاهر كلام الأصحاب و به صرح في المسالك وغيره - في غيره - فإنه لا يجري ذلك في طلاق السنة لما عرفت آنفاً ، وإنما تطلق للعدة خاصة بقاءً على كلام الشيخ ، وللسنة بالمعنى الأعم على ما ذكرناه من الاحتمال ، فما ذكره ابن إدريس ومن تبعه من المتأخرين - ومنهم شيخنا في المسالك من جواز تطليقها مطلقاً كغيرها - لا أعرف له وجهاً .

قال في المسالك بعد البحث في المسألة ما صورته: والحق الاعراض عن هذه التكاليف التي لم يدل عليها دليل ، والرجوع إلى حكم الأصل من جواز طلاق الحامل كغيرها مطلقاً ، بشرائطه وعدم الالتفات إلى هذه الأخبار الضعيفة الاسناد المتناقضة الدلالة ، وما فيها من الصحيح ليس فيه ما ينافي الجواز وحمل أخبار النهي

عن الزائد على الكراهة ، وجعله قبل شهر آكد ، من غير أن يفرق بين كون الواقع طلاق عدة أو سنة بمعنييه ، وقد ظهر بذلك أن القول بجواز طلاقها مطلقاً هو الأقوى. واعلم أنه قد ظهر أن القول بجواز طلاقها ثانياً للعدة وفاقى في الجملة لأن المتأخرين جوزوه مطلقاً ، والشيخ خص الجواز به ، وابن الجنيديده بعد شهر ، وأبنا بابويه أطلقا جوازه بعد ثلاثة أشهر ، وبذلك ظهر صحة ما ادعاه المصنف من جوازه إجماعاً ، وإن كان بعضهم يشترط في صحته شرطاً زائداً ، لأن ذلك لا ينافي الحكم بجوازه في الجملة . . . إلى آخر كلامه - رحمه الله - .

و فيه نظر ، أما (أولاً) فإنه مع تسليم الاعراض عن الروايات الضعيفة باصطلاحهم فإنه لا يتم ما ذكره من الجواز مطلقاً ، قوله دوماً فيها من الصحيح ليس فيه ما ينافي الجواز ممنوع ، لما عرفت من أن ظاهرها انحصار صحة طلاق الحامل في الواحدة ، فلا يجوز غيرها ، وهو ظاهر كلام سبطه في شرح النافع كما قدمناه ، و يؤيده تصريح رواية الصيقل و كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه ، وكذا عبارة المقنع بأنه ليس له أن يطلق بعد المراجعة حتى تضع .

وأما (ثانياً) فما ادعاه من جواز طلاقها للسنة بالمعنى الأخص فإنه غير مستقيم كما شرحناه آنفاً ، وبذلك اعترف أيضاً فيما تقدم من كلامه ، حيث قال في الاعتراض على عبارة الشيخ في النهاية : و السنّي بالمعنى الأخص لا يتحقق في الحامل ، لأنه لا يصير كذلك إلا بعد الوضع والعقد عليها ثانياً ، وحينئذ فلا يكون حاملاً ، و الكلام في الطلاق الواقع بالحامل . انتهى ، فكيف يدعى هنا جوازه ، ما هذا إلا عجب عجيب من هذا التحرير ، وسهو ظاهر في هذا التحرير . وأما (ثالثاً) فإن ما ادعاه في تشييد دعوى الوفاق على جواز الطلاق العدي ثانياً من أن الصدوقين أطلقا جوازه بعد ثلاثة أشهر ، أشدّ عجاًباً مما تقدم ، فإن عبارتهما المنقولة في كلامهم كما قدمنا ذكرها في صدر المسألة صريحة في أن ذكر الثلاثة أشهر إنما هو لصحة الرجعة لا للطلاق ، وهذه صورتها : وإن راجعها

قبل أن تضع ما في بطنها أو يمضي لها ثلاثة أشهر ثم أراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها و تطهر ثم يطلقها . و هي صريحة في أن الطلاق ثانياً لا يجوز إلا بعد الوضع و الطهارة من النفاس ، و الثلاثة الأشهر إنما هي بالنسبة إلى صحة الرجوع ، وذلك لأن الحامل تبين بأقرب الأجلين ، إنما الثلاثة الأشهر أو الوضع .

و الغرض بيان أن الرجعة وقعت في العدة قبل مضي واحد من الأمرين المذكورين فتكون الرجعة صحيحة ، أما لو أراد الطلاق ثانياً بعد هذه الرجعة فإنه لا يجوز له إلا بعد أن تضع ، و يؤكده ما شرحناه سابقاً من بيان مذهب الصدوقين في هذه المسألة . فانظر إلى ما في هذا الكلام من الخلل الظاهر لذوي الأفهام ، والغرض من التنبيه على ما في أمثال هذا المقال من السهو والواضح الناشئ من الاستعجال هو وجوب التأمل و تحقيق الحال ، و عدم الركون إلى ما قال ، وإن كان من مجلّي حلبة الرهان في ذلك المجال ، و في المشهور د اعرف الرجال بالحق ، ولا تعرف الحق بالرجال ، و بالجملة فالظاهر عندي هو العمل بجملة الأخبار المذكورة ، والجمع بينها ما قدمنا ذكره .

المسألة الثانية: لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها وواقعها كما هو طلاق العدة المتقدم فإنه يجوز أن يطلقها ثانياً ، إنما الخلاف فيما إذا طلقها بعد المراجعة الخالية من المواقعة ، سواء كان في طهر الطلاق الأول أو الطهر الذي بعده ، فالمشهور بين الأصحاب صحة الطلاق .

ونقل عن ابن أبي عقيل أنه خالف في ذلك وحكم بعدم وقوع الطلاق على هذا الوجه ، سواء كان في طهر الطلاق الأول أو الطهر الذي بعده ، و هذه صورة عبارته على ما نقله عنه غير واحد منهم العلامة في المختلف وغيره .

قال - رحمه الله - : لو طلقها من غير جماع قبل تيسر المواقعة بعد الرجعة لم يجز ذلك ، لأنه طلقها من غيره أن ينقض الطهر الأول ، ولا ينقض الطهر الأول

إلا بتدليس الواقعة بعد المراجعة ، فإذا جاز أن يطلق التطليقة الثانية بلا طهر جاز أن يطلق كل تطليقة بلا طهر ، ولو جاز ذلك لما وضع الله الطهر ، انتهى . واعترضه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد نقل عبارته بما هذا لفظه : وإِنَّمَا ذَكَرْنَا عِبَارَتَهُ لَا شَتْمَالَهَا عَلَى الْإِسْتِدْلَالِ عَلَى حُكْمِهِ ، وَبِهِ يَظْهَرُ ضَعْفُ قَوْلِهِ مَعَ شَذَوْنِهِ ، فَإِنَّمَا لَا نَسْلَمُ أَنَّ الطَّهْرَ لَا يَنْقُضِي بَدُونِ الْمَوَاقِعَةِ ، لِلْقَطْعِ بِأَنَّ تَخَلُّلَ الْحَيْضِ بَيْنَ الطَّهْرَيْنِ يُوْجِبُ انْقِضَاءَ الطَّهْرِ السَّابِقِ ، سَوَاءً وَقَعَ فِيهِ أَمْ لَا . ثُمَّ لَا نَسْلَمُ اشْتِرَاطَ انْقِضَاءِ الطَّهْرِ فِي صَحَّةِ الطَّلَاقِ مُطْلَقاً . وَإِنَّمَا الشَّرْطُ انْقِضَاءُ الطَّهْرِ الَّذِي وَاقَعَهَا فِيهِ ، وَهُوَ مُنْتَفٍ . هُنَا لِأَنَّ الطَّلَاقَ الْأَوَّلَ وَقَعَ بَعْدَهُ فِي طَّهْرٍ آخِرٍ ، لِأَنَّهُ الْغَرَضُ فَلَا يَشْتَرُطُ أَمْرٌ آخِرٌ ، انْتَهَى .

أقول : وتحقيق المقام على وجه لا يعتريه النقض والابرام بما لم يسبق إليه سابق من علمائنا الأعلام - رفع الله تعالى أقدارهم في دار السلام - قد سبق لي في بعض أجوبة مسائل بعض الطلبة الكرام ، وهو يتوقف على نقل ما ورد من الأخبار في هذا المجال ، ليتضح بذلك حقيقة الحال ، ويظهر ما في كلام جملة من الأصحاب من الاختلال ، فنقول :

من الأخبار الدالة على ما هو المشهور موثقة إسحاق بن عمار^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ، ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ، تبين منه ؟ قال : نعم ، قات : ذلك في طهر واحد ، قال : تبين منه ، وهي كما ترى صريحة في أن مجرد الرجعة كاف في صحة الطلاق ثانياً وإن كان في طهر الطلاق الأول .

وصحيحة عبد الحميد بن عواض وعنه بن مسلم^(٢) قال : سألت أبا عبد الله

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٩ ب ١٩ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٥ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٨ ب ١٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَأَشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ وَلَمْ يَجَامِعْ، ثُمَّ طَلَّقَ فِي طَهْرٍ آخَرَ عَلَى السَّنَةِ أَتَتْهُ التَّطْلِيقُ الثَّانِيَةَ مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ؟ قَالَ: نَعَمْ، إِذَا هُوَ أَشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ وَلَمْ يَجَامِعْ كَانَتْ التَّطْلِيقُ ثَانِيَةً، وَهِيَ صَرِيحَةٌ أَيْضاً فِي الْمُدْعَى، وَالطَّلَاقُ الثَّانِي هُنَا وَقَعَ فِي طَهْرٍ آخَرَ غَيْرِ طَهْرِ الطَّلَاقِ الْأَوَّلِ.

وصحيحة البزنطي^(١) « قَالَ: سَأَلْتُ الرِّضَا بْنَ أَبِي طَالِبٍ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ بِشَاهِدَيْنِ، ثُمَّ رَاجَعَهَا وَلَمْ يَجَامِعْهَا بَعْدَ الرَّجْعَةِ حَتَّى طَهَّرَتْ مِنْ حَيْضِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا عَلَى طَهْرٍ بِشَاهِدَيْنِ، أَتَمَّعَ عَلَيْهَا التَّطْلِيقُ الثَّانِيَةَ وَقَدَرَا جَمَاعَهَا وَلَمْ يَجَامِعْهَا؟ قَالَ: نَعَمْ. »

وحسنه أبي علي بن راشد^(٢) « قَالَ: سَأَلْتُهُ مِشَافَهَةً عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ بِشَاهِدَيْنِ عَلَى طَهْرٍ، ثُمَّ سَافَرَ وَأَشْهَدَ عَلَى رَجْعَتِهَا، فَلَمَّا قَدِمَ طَلَّقَهَا مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ، أَيْجُوزُ ذَلِكَ لَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَدْ جَازَ طَلَّاقُهَا، وَهِيَ صَرِيحَتَانِ أَيْضاً فِي الْمُدْعَى. وَاسْتَدَلَّ بِحُجَّةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ عَلَى ذَلِكَ أَيْضاً بِمَا وَرَدَ مِنَ الْأَخْبَارِ دَالًّا عَلَى تَحَقُّقِ الرَّجْعَةِ مَعَ عَدَمِ الْجَمَاعِ كَصَحِيحَةِ عَبْدِ الْحَمِيدِ الطَّائِي^(٣) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَنِ النَّبِيِّ « قَالَ: قُلْتُ لَهُ: الرَّجْعَةُ بِغَيْرِ جَمَاعٍ تَكُونُ رَجْعَةً؟ قَالَ: نَعَمْ. »

وظنني أن هذا الاستدلال ليس في محله، فإنه لا يفهم من كلام ابن أبي عقيل منع حصول الرجعة إلا بالجماع معها، بل ظاهر عبارته أن مراده إنما هو كون الجماع شرطاً في صحة الطلاق الواقع بعد الرجعة، فالرجعة تقسح وإن لم يكن ثمة جماع، ولكن لو طلقها والحال هذه لم تحسب له إلا بالتطليقة الأولى دون هذه.

و الذي يدل على ما ذهب إليه ابن أبي عقيل صحيحة عبدالرحمن بن

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٥ ح ٥٩ و ٦٠، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٩ ب ١٩ ح ٢ و ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٨ ب ١٨ ح ١.

الحجّاج^(١) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته ، له أن يراجع ؟ قال : لا يطلقن التخلية الاخرى حتى يمستها .

ورواية المعلّى بن خنيس^(٢) عن أبي عبد الله في الرجل يطلق امرأته تخلية ، ثم يطلقها الثانية قبل أن يراجع ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : لا يقع الطلاق الثاني حتى يراجع ويجامع .

وموثقة إسحاق بن عمار^(٣) عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : سألت عن رجل يطلق امرأته في طهر من غير جماع ، ثم راجعها من يومه ذلك ثم يطلقها ، أتمين منه بثلاث طلاقات في طهر واحد ؟ فقال : خالف السنة ، قلت : فليس ينبغي له إذا هو راجعها أن يطلقها إلا في طهر آخر ؟ قال : نعم ، قلت : حتى يجامع ؟ قال : نعم .

هذه الروايات الثلاث صريحة فيما ذهب إليه ابن أبي عقيل ، مع أنه لم ينقلها ، وإنما نقلها الأصحاب له في كتب الاستدلال ، واستدل له في المختلف وقبعه عليه جملة من المتأخرين عنه برواية أبي بصير^(٤) عن أبي عبد الله قال : المراجعة هي الجماع وإلا فإنما هي واحدة .

وفي هذا الاستدلال ما عرفت آنفاً ، والظاهر أنهم فهموا من منع ابن أبي عقيل من الطلاق ثانياً بعد الرجعة بدون جماع أن الوجه فيه عدم حصول الرجعة بالكلية ، فيصير الطلاق لاغياً . وأنت خير بأنت لا دلالة في كلامه على ذلك إذ أقصى ما يدل عليه عدم صحة ذلك الطلاق الأخير خاصة ، وأما أن العلة فيه عدم

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٦ ب ١٧ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٦ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٧ ب ١٧ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٧ ب ١٧ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٦ ب ١٧ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

حصول الرجعة ، فلا دلالة فيه عليه .

ويدلّ على هذا القول أيضاً صحيحة زرارة ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: كلّ طلاق لا يكون على السنّة أو على العدة فليس بشيء ، ثمّ فسّر عليه السلام طلاق السنّة وطلاق العدة بما تقدم ذكره في سابق هذه المسألة ، والتقريب فيها أنّه من الظاهر أنّ الطلاق بعد المراجعة بدون الواقعة غير داخل في شيء من ذينك الفردين فيثبت بموجب الخبر أنّه ليس بشيء .

وأجاب السيّد السند في شرح النافع بأنّ قوله « ليس بشيء » يعتدّ به في الأدلّة كما في هذين النوعين ، وفيه من البعد ما لا يخفى .

ويدلّ على هذا القول أيضاً بأوضح دلالة وأصحّ مقالة وإن لم ينبّه عليه أحد من علمائنا الأعلام صحيحة أبي بصير ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن طلاق السنّة ، قال : طلاق السنّة إذا أراد الرجل أن يطلق امرأته يدعها إن كان دخل بها حتّى تحيض ثمّ تطهر ، فإذا طهرت طلقها واحدة بشهادة شاهدين ، ثمّ تركها حتّى تعتدّ ثلاثة قروء ، فإذا مضت ثلاثة قروء فقد بائنت منه بواحدة وكان زوجها خاطباً من الخطاب - إلى أن قال : - وأما طلاق الرجعة ، فإن يدعها حتّى تحيض وتطهر ، ثمّ يطلقها بشهادة شاهدين ، ثمّ يراجعها ويواقعها ، ثمّ ينتظر بها الطهر ، فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدين على تطليقة أخرى ، ثمّ يراجعها ويواقعها ، ثمّ ينتظر بها الطهر فإذا حاضت و طهرت أشهد شاهدين على التطليقة الثالثة ، فإن طلقها واحدة على طهر بشهود ثمّ انتظر بها حتّى تحيض و تطهر ثمّ طلقها قبل أن يراجعها لم يكن طلاقه الثانية طلاقاً لأنّه طلق

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٤ ب ١ صدر ح ١ ، وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٦٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٧ ح ٤٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٥ ب ١ ح ٣ وص ٣٤٩ ب ٢ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

طلاقاً ، لأنه إذا كانت المرأة مطلقاً من زوجها كانت خارجة عن ملكه حتى يراجعها ، فإذا راجعها صارت في ملكه ما لم تطلق التولية الثالثة ، فإذا طلقها التولية الثالثة فقد خرج ملك الرجعة من يده ، فإن طلقها على طهر ثم راجعها فانتظر بها الطهر من غير موافقة فحاضت و طهرت ، ثم طلقها قبل أن يدنسها بموافقة بعد الرجعة لم يكن طلاقه لها طلاقاً لأنه طلقها التولية الثانية في طهر الاولى ، و لا ينقض الطهر إلا موافقة بعد الرجعة ، و كذلك لا تكون التولية الثالثة إلا بمراجعة وموافقة بعد المراجعة ، ثم حيض و طهر بعد الحيض ، ثم طلاق بشهود حتى يكون لكل تولية طهر من تدنيس الموافقة بشهود .

أقول : ويقرب بالبال العليل والفكر الكليل أن هذا الخبر هو معتمد ابن أبي عقيل فيما ذهب إليه ، و إن دلت تلك الأخبار الاخر أيضاً عليه ، حيث إن كلامه في التحقيق راجع إلى نقل هذا الخبر بالمعنى في بعض ، وبألفاظه في آخر وحاصل معنى الخبر المذكور أنه لو طلق ثم راجع من غير موافقة ثم طلقها في طهر آخر لم يكن ذلك طلاقاً ، لأنه وقع في طهر الطلقة الاولى ، وقوله و لا ينقض الطهر ... إلخ ، في مقام التعليل لذلك ، بمعنى أن الطهر الآخر الذي تصير به الطلقة الواقعة فيه ثانية وتكون صحيحة هو ما وقع بعد الرجعة المشتملة على الموافقة ، ثم الحيض بعدها والطهر منه .

ثم ذكر عليه السلام أنه لا تكون التولية الثالثة و لا تصح إلا بمراجعة قبلها و موافقة ... إلخ ، والطهر المعتبر في كلامه عليه السلام هو الطهر من تدنيس الموافقة الذي هو الجماع ، فكأنه أراد به الطهر من الجنابة ، فإنه ما لم يوافقها مرة اخرى فهي على ذلك الطهر ، ولا يزول ذلك الطهر إلا بموافقة اخرى ، وهو خلاف ما هو المعروف بين الأصحاب في هذا الباب من كون الطهر عن النقاء من الحيض على الوجوه المقررة ثمة .

ولهذا اعترض شيخنا الشهيد الثاني فيما قدمنا من كلامه على عبادة ابن

أبي عقيل التي هي كما عرفت إنما اخذت من هذا الخبر ، و لم يدر كلام ابن أبي عقيل إنما هو مأخوذ من هو الخبر ، فإن الاشكال الذي في عبارته إنما نشأ من هنا ، وإن الاعتراض على كلام ابن أبي عقيل اعتراض على هذا الخبر ، فإن الطهر بالمعنى المذكور في كلام ابن أبي عقيل كما هو في هذا الخبر ليس هو المعروف بينهم^(١) . وعلى هذا يتم ما ذكره ابن أبي عقيل في عبارته من قوله : وإذا جاز أن يطلق التولية الثانية ... إلخ .

ويندفع عنه ما أورده عليه شيخنا الشهيد الثاني أيضاً هنا ، لأنه إذ فسر الطهر في عبارته بالمعنى المذكور في الخبر فالاعتراض عليه اعتراض على الخبر المذكور ، ولا أدراك ترتب بعد التأمل في مضمون الخبر في صحة ما ذكرناه من كون عبارة ابن أبي عقيل مأخوذة من هذا الخبر وملخصة منه ، ولا تشك بعد معلومية ما شرحناه من معنى الخبر وكلام ابن أبي عقيل في صحة ما قدمنا ذكره من أن ابن أبي عقيل لم يذهب الى اشتراط المواقعة في صحة الرجعة كما توهموه حسبما ينادي به هذا الخبر الذي منه اخذت عبارته ، فإنه لا يصرح بأنه لو طلق قبل المراجعة لم يكن طلاقه الثاني طلاقاً ، لأنه طلق طالقاً ، وعلمه بأن المطلقة تخرج عن ملك الزوج ولا تدخل في ملكه إلا بالرجعة ، ثم صرح لا يصرح بأنه إذا طلقها ثم راجعها من غير موقعة ثم طلقها لم يكن طلاقه ذلك طلاقاً ، وعلمه من حيث وقوع الطلاق في طهر الطلقة الاولى ، مع أن شرط صحة تعدد الطلاق تعدد الأطهار ، وحينئذ فلو كانت الرجعة التي حصلت منه بعد الطلاق من غير جماع غير صحيحة كما يدعونه - من أن المرأة باقية على مقتضى الطلاق الأول -

(١) وهو ما كان مشتملاً على المواقعة بعد الرجعة ، وحينئذ فلو طلق بعد مراجعات عديدة من غير موقعة في شيء منها وطلق بعد كل مراجعة وإن كان الطلاق بعد النقاء من الحيض فلإنها كلها تكون في طهر واحد ، فلو اعتبر هذه الطلقات وصحت لم يكن لاعتبار الشارع الطهر ووضعه مزيد فائدة . (منه - قدس سره -).

لعلله عليه السلام بما علل به سابقه من كونه طلق طالقاً ، فإنه أوضح في التعليل وأظهر كما لا يخفى .

و بالجملة فالظاهر أن ما ادعوه من ذلك مجرد توهم نشأ من حكم ابن أبي عقيل ببطالان الطلاق الأخير ، ولا وجه له ظاهرأ عندهم إلا ذلك ، حيث إن هذا الوجه الذي علل به الابطال كما في الرواية غريب على قواعدهم ، ولم يقفوا على هذه الرواية بالكيفية ، ولم يتعرضوا لها في الكتب الاستدلالية .

وأما قوله عليه السلام في رواية أبي بصير السابقة «المراجعة هي الجماع» فالظاهر أن المعنى فيها أن المراجعة الموجبة لصحة الطلاق بعدها هي ما اشتملت على الجماع كما يدل عليه قوله «وإلا فهي واحدة» كما لا يخفى .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الجمع بين هذه الأخبار لا يخلو عن أحد وجوه : الأول : ما ذكره شيخنا في كتابي الأخبار من حمل الأخبار الواردة بالنهاي عن تكرار الطلاق بعد الرجعة بدو و طء ، فإن ذلك الطلاق لا يقع على كون ذلك الطلاق للعدة ، لأنه كما تقدم في سابق هذه المسألة مشروط بالرجعة و الوطء بعدها عندهم ، وحمل أخبار الجواز على طلاق السنة بالمعنى الأعم ، ونسبه المحقق في الشرائع بعد نقل ذلك عنه إلى التحكم ، وهو القول بغير دليل .

قال في المسالك : و وجهه أن كلاً من الأخبار ورد في الرجل يطلق على الوجه المذكور ، ويجب الإمام عليه السلام بالجواز أو النهي من غير استقصال ، فيفيد العموم من الطرفين ، ولأن شرط العدي الوطء بعده و بعد الرجعة منه في العدة ، وها هنا شرط في جواز الطلاق ثانياً سبق الوطء ، وسبقه ليس بشرط في طلاق العدة ، وإنما الشرط تأخره ، فيلزم الشيخ أخذ غير الشرط مكانه . ثم قال - رحمه الله عليه - : وللشيخ أن يجب بأن الباعث على الجمع التعارض ، فلا يضره عمومها من الطرفين على تقدير تسليمه ، لأن تخصيص العام لأجل الجمع جائز ، خير من إطراح أحد الجانبين ، و الوطء الذي جعل معتبراً في الطلاق ثانياً يجعل الطلاق السابق عدياً

وليس الحكم مختصاً بالطلاق الثاني بل بهما معاً ، بمعنى أن من أراد طلاق المرأة للعدة أزيد من مرة فليس له ذلك ، ولا يتحقق إلا بالمراجعة والوطء ليصير الثاني عدياً أيضاً ، وليصير الثالث بحكمها لتحريم في الثالثة عليه قطعاً بخلاف ما لو طلقها على غير هذا الوجه ، فإن فيه أخباراً تؤذن بعدم التحريم لعدم نقضها ، انتهى .

هذا ، وعندي فيما ذهب إليه الشيخ - رحمه الله - من الجمع المذكور نظر من وجوه : (أحدها) ما ذكره في المسالك في بيان أحد وجهي التحكم الذي نسبته المحقق إلى الشيخ من أن الحمل على الطلاق العدي يوجب اشتراطه بسبق الوطء مع أن الشرط فيه إنما هو تأخر الوطء .

وما أجاب به شيخنا الشهيد الثاني عنه - من أن الوطء الذي جعل معتبراً في الطلاق ثانياً يجعل الطلاق السابق عدياً... إلى آخره - ينافي ما صرح به الشيخ من أن مراده بالطلاق العدي هو الثاني لا الأول . فإنه قال في كتاب الاستبصار^(١) - بعد أن نقل في حيز «أما» صحيحة عبد الحميد الطائي المتقدمة وصحيحة محمد بن مسلم الدائنين على أن الرجعة بغير جماع رجعة - ما صورته : فالوجه في هذين الخبرين أنه يكون رجعة بغير جماع ، بمعنى أنه يعود إلى ما كان عليه من أنه يملك موافقتها ، ولولا الرجعة لم يجز ذلك ، وليس في الخبر أنه يجوز له أن يطلقها تطليقة أخرى للعدة وإن لم يواقع ، ونحن إنما اعتبرنا الواقعة فيمن أراد ذلك ، فأما من لا يريد ذلك فليس الوطء شرطاً له . انتهى ، وهو صريح في أن مراده بالطلاق العدي هو الثاني المسبوق بالواقعة كما لا يخفى .

وقال أيضاً - بعد إيراد صحيحة البرنطي وحسنة أبي علي بن راشد المتقدمتين الدائنين على وقوع الطلقة الثانية وجوازها بعد المراجعة من غير جماع - مالفظة : لأنه ليس في هذه الأخبار أن له أن يطلقها طلاق العدة ، ونحن إنما نمنع أن يجوز له أن يطلقها طلاق العدة ، فأما طلاق السنة فلا بأس أن يطلقها بعد ذلك

(١) الاستبصار ج ٣ ص ٢٨١ بعد الحديث ٣ و٤ .

... إلخ . فإنه كما ترى قد جعل قوله في صحيحة البزنطي « أيقع عليها التطليقة الثانية » وقوله في حسنة أبي علي « أيجوز له ذلك » على كون ذلك الطلاق الثاني سنياً يعني بالمعنى الأعم « لاعدياً » وهو مشعر بأنه لو حصلت الموافقة بعد تلك الرجعة لكان الطلاق الواقع بعد عدياً لأن حكمه بكونه سنياً لاعدياً وإنما هو من حيث عدم تقدم الموافقة وحصول الرجعة خالية عن الموافقة .

وبالجملة فحيث كان محل الاختلاف في الأخبار إنما هو بالنسبة إلى وقوع التطليقة الثانية الواقعة بعد الرجعة بغير موافقة وصحتها ، بل عدم الوقوع والصحة ، فبعض الأخبار دل على صحة ذلك الطلاق وبعضها دل على العدم ، جمع الشيخ بينها بحمل أخبار عدم الصحة على ما إذا قصد بذلك الطلاق العدي فإنه لا يجوز له بذلك ولا يصح منه ، ولا يقع للعدة لعدم الموافقة قبله ، وإنما يقع للسنة خاصة . هذا حاصل مراد الشيخ - رحمه الله عليه - وصريح عبارته كما لا يخفى وحينئذ فيتوجه عليه ما تقدم لإيراده ، ولا يندفع بما اعتذر عنه به في المسالك ، فتأمل وانصف .

(وثانيها) أن الشيخ قد استند في وجه الجمع الذي ذكره إلى رواية المعلى ابن خنيس^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الذي يطلق ثم يرجع ثم يطلق فلا يكون بين الطلاق والطلاق جماع ، فتلك تحل له قبل أن تزوج زوجاً غيره ، والتي لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره هي التي تجامع بين الطلاق والطلاق .

وأورد عليه بأنه لادلالة في هذه الرواية إلا على أن الجماع بين الطلاقين شرط في التحريم الموجب المحجوز إلى المحلل ، وأما التفصيل بالسني والعدي واشتراط الجماع بعد الرجوع في العدي خاصة فلا دلالة في الخبر عليه ، على أن في هذا الخبر من الاشكال أيضاً ما يمنع من العمل به والاعتماد عليه لدلالته على أن غير الطلاق العدي لا تبين منه في الثالثة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٦ ح ٦١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٩ ح ١٩ ج ٣ وفيهما اختلاف يسير .

ومنهم الشيخ أيضاً ، فهي مخالفة لقواعدهم . نعم ربما أمكن انطباقها على مذهب ابن أبي عقيل .

(وثالثها) أن مقتضى ما ذكره الشيخ من الحمل هو أنه متى راجع ثم طلق من غير موافقة فإنه يكون الطلاق صحيحاً وإن لم يقع للعدة بزعمه وإثما يقع للسنة ، مع أن المفهوم من الأخبار المانعة هو الإبطال رأساً وعدم وفوع الطلاق مطلقاً كصحيحة عبدالرحمن بن الحجاج^(١) الدالة على النهي عنه ، ورداية المعلّى بن خنيس^(٢) المصرحة بأنه لا يقع الطلاق الثاني حتى يراجع ويجمع ، ونحوها موثقة لإسحاق بن عمار^(٣) وحمل هذه الأخبار على الطلاق العدى كما زعمه ، بمعنى أنه لا يقع عدياً ، وإن وقع سنياً قد عرفت فساده من الوجه الأول ، فيبقى التعارض بين أخبار الطرفين على حاله كما لا يخفى .

الثاني : ما اختاره جملة من أصحابنا منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك وسببه السيّد السند في شرح النافع من حمل النهي على الكراهة ، وأخبار الجواز على أصل الإباحة .

قال في المسالك : ووجه أدلوية الجماع البعد عن مذهب المخالفين المجوزين لتعدد الطلاق كيف اتفق ، ليصير الأمران على طرف النقيض ، حيث إن ذلك معدود عند أصحابنا من طلاق البدعة كما سلف ، ثم لو لم يظهر الوجه في الجمع لكان متعيناً حذراً من إطراح أحدهما رأساً ، أو الجمع بما لا يقتضيه أصول المذهب كما جمع به الشيخ ، و الحمل على الجواز والاستحباب سالم من ذلك و موجب لأعمال الجميع .

وفيه أن ذلك وإن أمكن في بعض الأخبار ، إلا أنه لا يجري في جميعها ،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٦ ح ٦٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٢ .

مثل رواية المعلّى الدالة على أنّه لا يقع ، فإنّه صريح في الإبطال رأساً ،
و مثل صحيحة زرارة ^(١) و صحيحة أبي بصير ^(٢) فإنّها صريحتان في الإبطال ،
ولكنّ العذر لمثل شيخنا المشار إليه في ذلك واضح، حيث إنّهم لم يتعرضوا لنقل
الروايات المذكورة ولم يقفوا عليها .

الثالث : ما ذهب إليه المحدث الكاشاني في كتاب الوافي والمفاتيح من أنّه
إن كان غرضه من الرجعة أن يطلقها تطليقة أخرى حتّى تبين منه فلا يتمّ مراجعتها
ولا يصحّ طلاقها بعد المراجعة ولا يحسب من الثلاث حتّى يمسه ، وإن كان
غرضه من الرجعة أن تكون في حبالته وله فيها حاجة ، ثمّ بدا له أن يطلقها ،
فلا حاجة إلى المسّ ويصحّ طلاقها ويحسب من الثلاث ، قال : وإنّما جاز هذا
التأويل لأنّه كان أكثر ما يكون غرض الناس من المراجعة الطلاق والبيّنونة كما
يستفاد من الأخبار ، ويشار إليه بقوله ^(٣) وإلا فإنّها واحدة ، حتّى أنّه ربما
صدر ذلك عن الأئمة ^(عليهم السلام) كما مضى في حديث أبي جعفر ^(عليه السلام) أنّه قال : إنّما
فعلت ذلك بها لأنّه لم يكن لي بها حاجة ، انتهى كلامه زيد مقامه .

وأشار بحديث أبي جعفر ^(عليه السلام) إلى رواية أبي بصير ^(٣) و قال : سألت أبا جعفر
^(عليه السلام) عن الطلاق الذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ، فقال : أخبرك بما
صنعت أنا بامرأة كانت عندي فأردت أن أطلقها فتركتها حتّى إذا طمئت وطهرت
طلّقتها من غير جماع وأشهدت على ذلك شاهدين ، ثمّ تركتها حتّى إذا كادت أن
تنقضي عدتها راجعتها ودخلت بها وتركها حتّى إذا طمئت وطهرت ثمّ طلّقتها
على طهر من غير جماع بشاهدين ، ثمّ تركتها حتّى إذا كان قبل أن تنقضي عدتها

(١) الكافي ج ٦ ص ٦٥ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٤١ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٨ ب ٤ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

راجعتها ودخلت بها ، حتى إذا طمئت وطهرت ثم " طلقها على طهر بغير جماع بشهود ، وإنما فعلت ذلك بها لأنه لم يكن لي بها حاجة " .

وما ذكره - رحمة الله عليه - من الجمع لا يخلو عندي من قرب ، ويؤيده ما ورد في تفسير قوله سبحانه « ولا تمسكوهن » ضراراً لتعتدوا » ^(١) من رواية الحلبي ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل « ولا تمسكوهن » ضراراً لتعتدوا ، قال : الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات ، فنهى الله عز وجل عن ذلك .

ورواية الحسن بن زياد ^(٣) عنه عليه السلام قال : لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته ثم يراجعها وليس له فيها حاجة ثم يطلقها ، فهذا الضرار الذي نهى الله تعالى عز وجل عنه إلا أن يطلق ثم يراجع وهو ينوي الإمساك .

فإن هاتين الروایتين صريحتان في أنه متى كان قصد من المراجعة مجرد البينونة فلا يجوز له ذلك ، ولا يصح طلاقه الثاني لما فيه من الاضرار بها في مدة العدد الثلاث بعدم الجماع ونحوه ، وقد تكون العدة تسعة أشهر مع أن غاية ما رخص به الشارع في ترك الجماع إذا كانت زوجة أربعة أشهر ، فالزيادة على ذلك إضرار محض ، فنهى الله سبحانه عنه ، والظاهر أنه من أجل هذا النهي الموجب للتحريم وبطلان الطلاق كان الامام عليه السلام يجامع بعد كل رجعة مع أن قصده البينونة . وبالجمله فهذا الوجه عندي لما عرفت في غاية القوة ، وعليه يجتمع أكثر أخبار المسألة ، ولعل في قوله في موثقة إسحاق بن عمار الأولى « ثم بدا له فراجعها » إشارة إلى ذلك بمعنى بدا له وظهر إرادة المعاشرة فراجع ، وعلى هذا الوجه يمكن تطبيق الروايات الثلاث الأولى التي ذكرناها في أدلة ابن أبي عقيل ،

(١) سورة البقرة - آية ٢٣١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٢ ب ٣٤ ح ٢ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٢ ب ٣٤ ح ١ .

فإنها وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى ما ذكر من التفصيل ، إلا أنها بالتأمل في مضامينها والتعمق في معانيها يظهر أنها إنما خرجت من ذلك القبيل .

أما صحيحة عبدالرحمن^(١) فإنه إنما سئل عن الرجل إذا طلق فهل له أن يراجع أم لا؟ فأجاب عليه السلام لا يطلق التطليقة الاخرى حتى يمستها، وأنت خير بأن هذا الجواب بحسب الظاهر غير منطبق على السؤال ، والظاهر أنه عليه السلام فهم من السائل بقرينة حالته ، وإن لم ينقل في الخبر أن مراده السؤال عن الرجعة بمجرد إيقاع الطلاق بعدها ، فأجاب عليه السلام بالنهي عن هذا الطلاق على هذا النحو ، إلا أن يمستها كما فعل الباقر عليه السلام فيما تقدم من حديث أبي بصير ، ومعناها يرجع إلى معنى رواية أبي بصير كما أوضحناه سابقاً .

وأما رواية المعلى^(٢) فالظاهر أن غرض السائل أنه هل يصح "الطلاق من غير رجعة" ، بمعنى أنه يترتب عليه ما يترتب على المواقع بعد الرجعة من البيئونة ونحوها؟ وغرضه من ذلك استعمال ما لو قصد البيئونة بالطلاق على هذا النحو ، فإنه لا ثمرة للطلقة الثانية لو صححت إلا قصد ذلك وحصوله ، فأجاب عليه السلام بأنه لا يقع الطلاق الثاني على هذا الوجه إلا مع الجماع بعد المراجعة .

وأما موثقة إسحاق بن عمار^(٣) فهي صريحة في ذلك ، فإن إيقاع ذلك في يوم أو في طهر دليل على كون الباعث على تلك الرجعة هو مجرد قصد البيئونة ، فلذا نسبته إلى مخالفة السنة .

بقي هنا شيء وهو أن هذا الوجه وإن اجتمعت عليه أدلة القول المشهور وكذا هذه الروايات الثلاث بالتقريب الذي عرفته ، لكن يبقى الاشكال في كلامه - رحمه الله عليه - من وجهين :

(١) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٦ ح ٦٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٦٠ ح ١٢ .

(الأول) قوله "فلا يتم" مراجعتها، فإن فيه دلالة على أن المراجعة بدون النكاح بعدها إذا كان قصده مجرد البينونة لا يقع، وهو موافق لما صرح به غيره من الأصحاب كما قدمنا ذكره، حيث أوردوا في الاستدلال صحيحة عبد الحميد الطائي^(١) ورواية أبي بصير^(٢) وقد أوضحنا لك أنه لا دليل على عدم وقوع الرجعة، وإنما غاية ما يستفاد من الأخبار عدم صحة الطلاق خاصة، وحينئذ فتبقى بعد الرجعة على حكم الزوجية إذا طلقها ضراراً بغير جماع فيجب لها ما يجب للزوجة.

(الثاني) من جهة صحيحة أبي بصير التي هي كما عرفت معتمد ابن أبي عقيل و صريح عبارته، فإنها لا تندرج تحت هذا التأويل، حيث إنه ~~لا يخلو~~ قد علل فساد الطلاق الواقع على ذلك الوجه فيها بوجه آخر من كونه لم يقع في طهر الطلقة الأولى، وعلى هذا فيبقى الاشكال بحاله في المسألة، لأن الظاهر أن معتمد ابن أبي عقيل في الاستدلال على ما ذهب إليه إنما هو هذه الرواية كما أوضحناه آنفاً، وهي غير منطبقة على شيء من هذه الوجوه الثلاثة التي نقلناها في الجمع بين أخبار المسألة وما عداها من الأخبار وإن دل بحسب الظاهر على مذهب ابن أبي عقيل، إلا أنه لم يستند إليه في الاستدلال ولم يصرح به، ومع هذا فإنه يمكن تطبيقه كما ذكرناه، وأما هذه الصحيحة فهي صريحة في مدعاه غير قابلة لذلك، مع كونها مشتملة على ما عرفت من إطلاق الطهر على خلاف ما هو المعهود من معناه في الأخبار وكلام الأصحاب، ولم أقف على ما تعرض للكلام فيها من المحدثين الذين نقلوها في كتب الأخبار، ولم ينقلها أحد في كتب الفروع الاستدلالية، بل لم يستوفوا الأخبار فيها بالكيفية، ولا يحضرني الآن وجه تحمل عليه سوى الرد والتسليم لقائلها، وإرجاع الحكم فيها لعالم من آل محمد عليه السلام.

المسألة الثالثة: في حكمين ممّا يتعلّق بطلاق الغائب : (إحداهما) لو طلق غائباً ثمّ حضر و دخل بها و لم يعلمها ثمّ بعد ذلك ادعى الطلاق ، فإنّه لا تقبل دعواه ، ولو أقام البيّنة بالطلاق لم تقبل بيّنته ، ولو أولدها والحال هذه الحق به الولد للحكم في ظاهر الشرع بثبوت الزوجيّة .

ويدلّ على ذلك ما رواه ثقة الاسلام ^(١) عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو غائب وأشهد على طلاقها، ثمّ قدم فأقام مع المرأة أشهراً لم يعلمها بطلاقها ، ثمّ إنّ المرأة ادعت الحمل ، فقال الرجل : قد طلقتك و أشهدت على طلاقك ، قال : يازم الولد ولا يقبل قوله ، .

وأيّده بعضهم بأنّ تصرف المسلم مبنيّ على الصحة ، فإذا ادعى بعد ذلك ما يخالفه لا يزول ما قد ثبت سابقاً .

و اورد عليه بأنّ تصرفه إنّما يحمل على المشروع حيث لا يعترف بما ينفيه ، ولهذا لو وجدناه يجامع امرأة واشتبه حالها فإنّنا لا نحكم عليه بالزنا ، لكن إذا أقرّ أنّه زان حكم عليه به، وعلل أيضاً بأنّ الوجه في عدم قبول بيّنته أنّه قد كذبها بفعله .

واورد عليه أنّه إنّما يتمّ إذا كان هو الذي أقامها، فلو قامت الشهادة حصة، وورّخت بما ينافي فعله ، قبلت وحكم بالبينونة.

نعم يبقى الكلام في إلحاق الولد بهما أو بأحدهما، وهو مبنيّ على ما تقدم في الكلام في الأولاد من اعتبار العلم بالحال وعدمه ، والظاهر هو العمل بالخبر المذكور ، والمفهوم منه أنّه لا يقبل قوله و إنّ أقام البيّنة . ويمكن الفرق بين مانحن فيه و بين الاعتراف بالزنا ، بأنّ الاعتراف بالطلاق مستلزم لدفع أحكام الزوجيّة الواجبة عليه بظاهر الشرع ، فهو في معنى الاعتراف في حقّ غيره ، فلا يقبل بخلاف الزنا ، فإنّه حقّ لله سبحانه محضاً أو مشتركة في بعض الوجوه.

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٠ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٤ ب ١٥ ح ٤.

هذا كله إذا كان الطلاق بائناً أو رجماً وانقضت المدة قبل فعله المكذب لدعواه، وإلا قبل، وكان الوطء رجعة بلا إشكال.

(وثانيهما) ما لو كان غائباً وله أربع نسوة ثم طلق إحداهن، فإنه قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز أن يتزوج عوضها في حال غيبته إلا بعد مضي تسعة أشهر. والأصل في هذا الحكم ما رواه ثقة الاسلام^(١) عن حماد بن عثمان في الحسن أو الصحيح قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن وهو غائب عنهن متى يجوز له أن يتزوج؟ قال: بعد تسعة أشهر، وفيها أجلان^(٢): فساد الحيض وفساد الحمل.

وجملة من الأصحاب كالمحقق والمأتم وغيرهما قد ألحقوا بذلك الحكم تزويج الاخت، فصرحوا بأنه إذا طلق الغائب وأراد العقد على اختها في حال غيبته فإنه لا يجوز له إلا بعد تسعة أشهر.

والشيخ في النهاية خص الحكم بتزويج الخامسة تبعاً للنس، واقتفاء ابن إدريس في ذلك فقال: فأما إن كانت واحدة فطلقها طلاقاً شرعياً وأراد أن يعقد على اختها في حال سفره، فإذا انقضت عدتها على ما يعلمه من عاداتها فله العقد على اختها ولا يلزمه أن يصبر تسعة أشهر، لأن القياس عندنا باطل، وكذا التعليل، فليلاحظ الفرق بين المسألتين.

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٠ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٩ ب ٤٧ ح ١.

(٢) قوله «وفيها أجلان... الخ» لا يخلو من غموض، ويمكن أن يقال: إن مراده عليه السلام أن الاعتداد بالتسعة جامع للمعتدين، لأنه إن كان انقطاع الدم لفساد في الحيض فالحكم هو الثلاثة الأشهر، وهي حاصلة في ضمن التسعة، وإن كان انقطاع الدم لأجل الحمل فهو يعلم بمضي التسعة التي هي أقصى مدة الحمل على المشهور، وبمضي التسعة خالية من الحمل يعلم بفساد الحمل، فلذا جعل التسعة متضمنة للأجلين، وعبر عنهما بفساد الحيض الموجب للثلاثة الأشهر، وفساد الحمل بمضي المدة التي يعلم فيها ذلك وهي التسعة، والله العالم. (منه - قدس سره -).

واعترضه العلامة في المختلف فقال بعد ذلك عنه : وهو خطأ ، إذ لا فرق بين الأمرين ، وكما تحرم الخامسة كذا تحرم الاخت في العدة ، وكما أوجبنا الصبر تسعة أشهر في الخامسة استظهاراً كذا يجب في الاخت ، وقوله « فإذا انقضت عدتها على ما يعلمه من عاداتها فله العقد على اختها » يوهم أنه مع علمه بخروج العدة لا يجوز في الخامسة ، وليس بجيّد ، بل الصبر إنّما يجب في الخامسة مع الاشتباه ، انتهى .

وأورد عليه السيّد السند في شرح النافع بأنّ ما ذكره أولاً - في توجيه إلحاق الاخت بالخامسة - لا يخرج عن القياس ، وما ذكره ثانياً - من إيهام كلام ابن إدريس بعدم جواز تزويج الخامسة مع العلم بخروج المطلقة من العدة - غير واضح ، فإنّ المراد بالعلم هنا الظنّ المستفاد من معرفة العادة كما سبق في طلاق الغائب ، وهذا القدر يكفي في جواز تزويج الخامسة ، نعم لو حصل العلم القطعي بخروج المطلقة من العدة جاز له العقد على اختها وعلى الخامسة من غير إشكال ، إلّا أنّ ذلك خلاف ما أراد ابن إدريس .

أقول : لا يخفى أنّ المفهوم من الأخبار وكلام الأصحاب أنّ الاعتداد بتسعة أشهر إنّما هو فيما لو كانت المرأة مسترابة الحمل ، وإلّا فالعدة إنّما هي ثلاثة أشهر خاصّة مع عدم إمكان الاعتداد بالأفراء .

وممّا يدلّ على الأمرين المذكورين موثقة محمد بن حكيم^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت له : المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها ويرفع حيضها كم عدتها ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : فإن ادعت الحمل بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : عدتها تسعة أشهر ، قلت : فإن ادعت الحمل بعد تسعة أشهر ؟ قال : إنّما الحمل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ ح ٢ .

تسعة أشهر ، الحديث ، وبضمونها أخبار ^(١) عديدة ^(٢) .

ومما يدل على الثاني الأخبار المستفيضة ، ومنها في خصوص الغائب صحيحة محمد بن مسلم ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال : إذا طلق الرجل امرأته وهو غائب فليشهد على ذلك ، فإذا مضى ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها .

ومقتضى هذه الرواية أنه بعد انقضاء الثلاثة يجوز تزويج الاخت وتزويج الخامسة ، وأنت خير بأن ما دلت عليه الرواية المتقدمة من وجوب الترتيب تسعة أشهر مناف لما دلت عليه هذه الرواية ، من أن العدة إنما هي ثلاثة أشهر لأن موردها من طلق امرأته وهو غائب ، وكم عدتها ، وإن كان السؤال في الأولى عن طلاق إحدى الأربع وفي هذه الرواية مطلق ، وقد ورد الجواب بالتسعة في الأولى ، و الثلاثة في الثانية ، ولا يعلم هنا وجه خصوصية إحدى الأربع فيستثنى من هذه القاعدة الاستفادة من النصوص كما أشرنا إليه ، ولا وجه للجمع إلا حمل الرواية الأولى على المسترابة ، وبذلك يظهر لك قوة ما ذكره العلامة في اعتراضه على ابن إدريس وضعف ما أورده عليه السيد السند ، فإنه إذا كان مقتضى القاعدة المتفق عليها نصاً وفتوى أن العدة ^(٤) فيمن انقطع عنها الحيض إنما هو الاعتداد ^(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١ باب المسترابة بالحبل ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ وص ٤٤١ ب ٢٥ .

^(٢) ومنها صحيحة زرارة [الكافي ج ٦ ص ٩٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١١ ب ٤ ح ٥] عن أبي جعفر عليه السلام قال : وأمران أيهما سبق بانت منه المطلقة المسترابة : إن مرت بها ثلاثة أشهر يبيض ليس فيها دم بانت به ، وإن مرت بها ثلاثة حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض ، الحديث ، ونحوها غيرها . (منه - قدس سره -) .
^(٣) التهذيب ج ٨ ص ٦١ ح ١١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ ح ١١ وفيهما اختلاف يسير .

^(٤) وإليه يشير كلام العلامة - قدس سره - بقوله استظهاراً ، وقوله عليه السلام ثانياً مع الاشتباه ، فإن جميع ذلك من لوازم الاسترابة بالحمل ، ومع عدم ذلك فالعدة إنما هي ثلاثة أشهر كما هو مقتضى الروايات المستفيضة . (منه - قدس سره -) .

ج ٢٥ في تأييد المصنف كلام العلامة وتفنيده لما ذهب إليه السيد السند ٣١٣

بثلاثة أشهر ، والاعتداد بالتسعة إنَّما هو مع الاسترابة بالحمل من غير فرق في ذلك بين طلاق الغائب والحاضر كما هو مقتضى إطلاق النصوص المشار إليها ، فلا وجه لما اشتملت عليه رواية حمَّاد^(١) من التسعة إلَّا الحمل على المسترابة ، وإلَّا فاستثناؤها من هذه القاعدة الكلِّية والضابطة الجليَّة مع عدم خصوصية تدلُّ على ذلك مشكل ، وحينئذٍ فلا فرق بين الخامسة والاخت في الحكم المذكور .

وقال السيد السند المذكور في الكتاب المشار إليه : ولو علم انتفاء الحمل صبر مقدار ما يمضي فيه ثلاثة قروء على حسب ما يعلمه من عاداتها ، أو ثلاثة أشهر ، ويدلُّ على ذلك صحيحة عُمَرُ بن مسلم^(٢) - ثمَّ أورد الرواية المذكورة ثمَّ قال : - حكم إِلَّا بانقضاء عدتها بذلك بناءً على الغائب من أنَّ كلَّ شهر تحصل فيه حيضة للمرأة ومتى انقضت العدة جاز التزويج بالاخت ، والخامسة ، خرج من ذلك ما إذا كان الحمل ممكناً ، فإنَّه يجب التريص بالرواية المتقدمة ، فيبقى ما عداها مندرجاً في هذا الإطلاق ، انتهى .

أقول : لا يخفى أنَّ ما ذكره إنَّما يتمَّ لودلت الروايتان على ما ادعاء في صحيحة عُمَرُ بن مسلم من العلم بانتفاء الحمل ، وفي صحيحة حمَّاد بن عثمان أو حسنته من كون الحمل ممكناً مع أنَّ الروايتين لادلالة لهما على شيء من الأمرين المذكورين ، وإنَّما هما بالنسبة إلى ما ذكره مطلقتان ، إذ غاية ما دلَّنا عليه أنَّ كلاً من الرجلين المذكورين طلق امرأته وهو غائب ، غاية الأمر أنَّ رواية حمَّاد دلَّت على كون المطلقة رابعة ، وأمَّا أنَّ المرأة ممَّا علم انتفاء الحمل عنها ، أو أنَّ الحمل ممكن فتكون مسترابة فلا دلالة عليه بالكلِّية كما هو ظاهر ، فلم يبق إلَّا أن يحمل إطلاق كلَّ منهما على ما ذكره متى كان ذلك ، فلا خصوصية للرابعة بالاعتداد تسعة أشهر كما دلَّت عليه رواية حمَّاد ، بل ذلك يجري في كلِّ

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٩ ب ٤٧ ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ١ .

مستراية إذ العلة في التسعة إنما هي الاستراية لا خصوصية الرابعة . وبذلك يظهر لك ما في قوله، فيبقى ما عداها مندرجاً في هذا الاطلاق .

وأما صحيحة محمد بن مسلم فهي جارية على ما دلّت عليه الأخبار المتكاثرة^(١) - من أنه متى لم يمكن العدة بالأقراء فإنّها تعدّ بالشهور الثلاثة - لا يحتاج إلى حمل ولا تأويل ، وبذلك يتضح لك ما قدمنا ذكره من أنه بذلك يظهر لك قوة ما ذكره العلامة .

المسألة الرابعة: قد صرح الأصحاب بأنّه يكره للمريض أن يطلق ، ولو طلق كان طلاقه صحيحاً ، وأنّه يرث زوجته إذا ماتت في العدة الرجعية، ولا يرثها في البائن ولا بعد العدة، وترثه هي سواء طلقها بائناً أو رجعيّاً ما بين الطلاق وبين السنة ما لم تتزوج أو يبرأ من المرض الذي طلقها فيه .

أقول : تحقيق الكلام في هذا المقام يقع في مقامات :

الأول : ما ذكر من كراهة الطلاق للمريض زيادة على ماورد من كراهته الطلاق مطلقاً ممّا تكاثرت به الأخبار ، بل ربما دلّ بعضها بظاھر على التحريم، ولهذا نقل القول بالتحريم عن ظاهر عبارة الشيخ المفيد في المقنعة ، والمشهور الكراهة .

ومن الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي^(٢) عن عبيد بن زرارة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يجوز طلاق المريض ، ويجوز نكاحه . وما رواه في الكافي^(٣) وفيه عن زرارة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس للمريض أن يطلق وله أن ينكح .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٩ باب علة المطلقة وأين تعدد.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ ح ٤ و ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٧ ح ١٧٧ و ١٧٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٤ ب ٢١ ح ٣ و ٤ .

وعن عبيد بن زرارة ^(١) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض ، أله أن يطلق امرأته في تلك الحال ؟ قال : لا ، ولكن له أن يتزوج إن شاء ، فإن دخل بها ورثته ، وإن لم يدخل بها فنكاحه باطل . »

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٢) عن زرارة في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام « قال : ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج ، فإن هو تزوج ودخل بها فهو جائز ، وإن لم يدخل بها حتى مات في مرضه فنكاحه باطل ولا مهر لها ولا ميراث . »

وإنما حملت هذه الأخبار على الكراهة مع ظهورها في التحريم لما سيأتي إن شاء الله من الأخبار الدالة على صحة طلاقه لو طلق في هذه الحال ، وسيأتي أيضاً إن شاء الله تعالى ما هو الوجه في الكراهة .

الثاني : ما ذكر أنه يرث زوجته إذا ماتت في العدة الرجعية ، وهو مجمع عليه بين الأصحاب كما نقله في المسالك .

وأما أنه لا يرثها في البائن ولا بعد العدة الرجعية فلا تقطاع العصمة بينهما خرج ميراثها منه بالنصوص الآتية وبقي ما عداها على مقتضى القاعدة ، ويعضده بعده النصوص الدالة على ذلك أن المطلقة رجعية بمنزلة الزوجة ، فتبنت لها أحكام الزوجة التي من جعلتها الحكم المذكور مادامت في العدة ، وينتفي إذا بان بأحد الوجهين المذكورين .

ومن الأخبار الدالة على الحكمين المذكورين مارواه في الكافي ^(٣) عن زرارة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢١ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٧ ح ١٧٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٣ ب ٢١ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ ح ١٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٧ ح ١٨٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٣ ب ٢١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٠ ب ١٣ ح ٤ .

في الموثوق قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يطلق المرأة، قال: ترثه و يرثها مادام له عليها رجعة .

ومارواه في الفقيه ^(١) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته توارثا ما كانت في العدة، فإذا طلقها التطليقة الثالثة فليس له عليها رجعة، ولا ميراث بينهما . إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة ^(٢) الدالة على ثبوت التوارث في العدة الرجعية ، واتساقه مع البيئونة .

وبذلك يظهر ما في كلام صاحب الكفاية تبعاً للسيد السند في شرح النافع من المناقشة في الحكم الأول . قال في الكفاية : ويرث زوجته في العدة الرجعية عند الأصحاب، ونقل غير واحد منهم الإجماع عليه لكن إطلاق الصحيحة المذكورة ينافي ، وأشار بالصحيحة المذكورة إلى ما قدمه من صحيحة الحلبي ^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقها؟ قال : نعم ، وإن مات ورثته ، وإن مات لم يرثها ، والسيد السند بعد أن ذكر الحكم المذكور في كلام الأصحاب اعترضه بأن مقتضى صحيحة الحلبي المتقدمة أن الزوج لا يرثها مطلقاً ، وحمل الروايات على الطلاق البائن ينافي قوله عليه السلام قبل ذلك فإن مات ورثته ، والمسألة محل إشكال .

أقول - وبالله التوفيق - : لا إشكال بحمد الملك المتعال فإن إطلاق الصحيحة المذكورة يجب تقييده بالروايات المستفيضة الدالة على التوارث في العدة الرجعية مطلقاً صحيحاً كان أو مريضاً، وقد عرفت بعضها ، وأمّا الصحيحة المذكورة فالمراد منها إنما هو ما لو طلق المريض زوجته وخرجت عن العدة ، فإن مات ورثته ،

(١) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٢ ب ١٣ ح ١٠ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٨٣ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٠ ب ١٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ ح ١١ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٤ ب ١٤ ح ٦ وفيه اختلاف يسير .

وإن ماتت لم يرثها على التفصيل الآتي إن شاء الله تعالى، وما ذكر من أن الزوج لا يرثها في البائن هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين، وبه قطع الشيخ في الخلاف محتجاً بإجماع الفرقة وأخبارهم: إلا أنه قال في النهاية وتبعه فيه جملة من أتباعه: إذا طلق الرجل امرأته وهو مريض فإنهما يتوارثان مادامت في العدة - ثم قال: - ولا فرق في جميع هذه الأحكام بين أن تكون التطليقة هي الأولى أو الثانية أو الثالثة، وسواء كان له عليهما رجعة أم لم يكن، انتهى^(١).

و مرجعه إلى ثبوت التوارث بينهما في العدة مطلقاً رجعية كانت أو بائنة. واختصاص الارث بعد العدة بالمرأة، دون العكس إلى مدة السنة كما سيأتي، ولا ريب في ضعفه، لأن الطلاق البائن موجب لا نقطاع العصمة بين الزوجين الموجب سقوط التوارث، استثنى من ذلك إرثها منه بالنص والاجماع - كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى - وبقي الباقي.

و من الأخبار الدالة على القول المشهور إطلاق موثقة زرارة وصحبحته^(٢) المتقدمين وتحدوها غيرهما، والتقريب فيهما أنهما خصاً التوارث من الجانبين بما إذا كانت في العدة الرجعية، ومتى خرجت من العدة أو كانت العدة بائنة فلا توارث خرج منه بالنص والاجماع إرث المرأة من الزوج إذا طلقها وهو مريض، فإنها ترثه في العدة البائنة وبعد العدة الرجعية إلى سنة كما سيأتي إن شاء الله تعالى وسيأتي في الأخبار الآتية ما يدل على ذلك.

(١) أقول: هذا القول الذي ذهب إليه في النهاية على طرف النقيض من القول الذي ذهب إليه صاحب الكفاية وشرح النافع، فإنهما ذهبا إلى عدم التوارث في العدة الرجعية مع بقاء الزوجية، والشيخ ذهب إلى ثبوته في العدة البائنة مع انقطاع العصمة بالكلية فيها على طرفي الإفراط والتفريط. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٢ وج ٦ ص ١٢٣ ح ١٢، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٠ ب ١٣ ح ٤ وج ١٥ ص ٣٨٣ ب ٢١ ح ١.

ومن أظهر الأدلة^(١) أيضاً ما سيظهر لك إن شاء الله من أن المقتضي لارث الزوجة في صورتها المدة البائن وبعد الخروج من المدة الرجعية إنما هو التهمة بمنعها من الارث ، وهذه العلة منتفية من جانب الزوج كما لا يخفى .

واعلم أنه قد احتج في المسالك للقول المشهور بموثقة زرارة المتقدمة ، ثم قال في تقريب الاستدلال بها : وقيد الرجعة لا يصلح في ميراثها إجماعاً لثبوته مطلقاً فيبقى في ميراثه وللقرب ، وإذا انتفى القيد انتفى الحكم تحقيقاً لفائدته . ثم استدل له بحسنة الحلبي التي تقدم وصفها بصحيفة الحلبي^(٢) ، ثم قال : وليس ذلك في الرجعي لاتفاقهما في الحكم فهو في البائن ، ثم قال : وحجة الشيخ وأتباعه روايات تدل بظاهرها على ثبوت التوارث بينهما من غير تفصيل ، والأخبار من الجانبين غير تقيّة ، والأولى الرجوع إلى حكم الأصل ، والوقوف على موضع الوفاق ، وهو دال على الأول ، انتهى .

أقول : أما تقريب الاستدلال بموثقة زرارة كما ذكره فهو إنما يتم لو كان موردها طلاق المريض ليرتب عليه صحّة قوله ، وقيد الرجعة لا يصلح في ميراثها إجماعاً لثبوته مطلقاً ، مع أن الرواية كما عرفت مطلقة شاملة للصحيح والمريض ، فلا يتم ما ذكره ، وكذا التعليل بالقرب إنما يتّجه على كون موردها المريض ، وإلا فهو لغو ، فالحق أن الاستدلال بها إنما هو بالتقريب الذي قدمناه ، وأما استدلاله بحسنة الحلبي ، ففيه أنه لو حمل قوله « وإن مات لم يرثها على الطلاق البائن » لنافي قوله « وإن مات ورثته » كما تقدمت الإشارة إليه في كلام سبطه

(١) واستدل في شرح النافع على ذلك أيضاً بصحيفة الحلبي المتقدمة بحملها على الطلاق البائن ، مع أنه قد اعترض ذلك في صدر كلامه بأنه ينافيه قوله فيها « وإن مات ورثته » والأظهر إنما هو حمل الصحيفة المذكورة على الخروج من المدة كما ذكرناه في الأصل ، فلا يكون من محل الاستدلال في شيء . (منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٣ ح ١١ .

ج ٢٥ في علّة وجوب الإرث للزوجة في الصورتين الخارجيتين من القواعد المقررة ٣١٩

السيد السند ، بل الأظهر في معنى الخبر إنّما هو ما قدمنا ذكره .

وأما قوله « إن حجة الشيخ وأتباعه روايات تدلّ بظاهرها على ثبوت التوراث بينهما من غير تفصيل » ففيه : إنّنا لم نقف على شيء من هذه الأخبار في طلاق المريض بالكليّة ، وستمّر بك إن شاء الله مذبذبة ببيان ما اشتملت عليه من الأحكام .

الثالث : ما ذكره بقوله « وترثه سواء طلقها بائناً أو رجعيّاً . . . إلى آخر الكلام » ، والوجه فيه أنّه لا خلاف نصّاً وقتوى في أنّ مطلقّة المريض ترثه في العدة البائنة بعد انقضاء العدة الرجعيّة إلى سنة ما لم يبرأ من مرضه ذلك أو تتزوج هي قبل انقضاء السنة .

وإنّما الخلاف في أنّ وجوب الإرث لها في هاتين الصورتين الخارجيتين من القواعد المقررة هل هو لمجرد إطلاق النصوص الدالة على ذلك أم من أن يكون السبب الداعي إلى الطلاق من جهته أو من جهتها ؟ أو أنّ العلّة إنّما هي التهمة بالاضرار بها ومنعها من الميراث ، فقول حينئذٍ بنقيض مطلوبه من توريثها في المدة المذكورة ما لم تتزوج أو يبرأ أو تزيد على السنة ؟ أو يكون السبب من جهتها ، ويكون الحكم هنا كما في القاتل وحرمانه من الإرث ، مقابلة له بضدّ مطلوبه ؟ المشهور الأول ، وإلى الثاني ذهب الشيخ في الاستبصار والعلامة في المختلف وجملة من متأخري المتأخّرين كالمحدث الكاشاني والمحدث الشيخ محمد بن الحسن الحرّ العاملي وغيرهما ، وهو الأظهر .

وها أنا أتلو عليك أخبار المسألة زيادة على ما تقدم منها بحيث لا يشذّ منها شيء إن شاء الله .

و منها ما رواه في الكافي ^(١) عن أبي العباس في الصحيح أو الحسن عن أبي

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ ح ١ .

عبدالله ﷺ قال : إذا طلق الرجل المرأة في مرضه ودرته مادام في مرضه ذلك ، وإن انقضت عدتها إلا أن يصح منه ، قال : قلت : فإن طال به المرض ؟ فقال : ما بينه وبين سنة ، دلت هذه الرواية على تحديد المدة بالسنة ، فلا ميراث بعدها ، وعلى الارث في السنة مع استمرار المرض وإن كان الطلاق بائناً أو بعد العدة الرجعية .

ومارواه في الكافي والفقيه ^(١) عن الحذائي وأبي الورد كلاهما عن أبي جعفر ﷺ قال : إذا طلق الرجل امرأته تطليقة في مرضه ثم مكث في مرضه حتى انقضت عدتها فإنها ترثه ما لم تتزوج ، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة فإنها لا ترثه .

ومارواه في الكافي ^(٢) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الموثق عن عثمان حدثه عن أبي عبدالله ﷺ في رجل طلق امرأته وهو مريض ، قال : إن مات في مرضه ولم تتزوج ودرته ، وإن كانت قد تزوجت فقد رضية بالذي صنع ، فلا ميراث لهما ، وهما دالان على أنه بالتزويج يزول الارث .

وعن عبيد بن زرارة ^(٣) عن أبي عبدالله ﷺ قال : سألته عن رجل طلق امرأته وهو مريض حتى مضى لذلك سنة ، قال : ترثه إذا كان في مرضه الذي طلقها فيه لم يصح من ذلك ، ومفهومه دال على ما ذكره الأصحاب من أنه لو صح لم ترثه .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن أبي العباس في الموثق عن أبي عبدالله ﷺ قال : قلت له : رجل طلق امرأته وهو مريض تطليقة وقد كان طلقها قبل ذلك

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢١ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٣ ح ٣ وفيه اختلاف يسير ، التهذيب ج ٨ ص ٧٧ ح ١٨١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٦ ب ٢٢ ح ٥٥ .

(٢) والكافي ج ٦ ص ١٢٢ ح ٣ وه ، التهذيب ج ٨ ص ٧٨ ح ١٨٢ و ١٨٣ و ١٨٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٦ ب ٢٢ ح ٧ و ٨ مع اختلاف يسير .

تطليقتين ؟ قال : فإنها ترثه إذا كان في مرضه ، قال : قلت : وما حد المرض ؟ قال : لا يزال مريضاً حتى يموت وإن طال ذلك إلى سنة .

وعن أبي العباس في الصحيح برواية المشايخ الثلاثة ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا طلق الرجل المرأة في مرضه ورثته مادام في مرضه ذلك وإن انقضت عدتها إلا أن يصح منه ، قال : قلت : فإن طال به المرض ؟ قال : ما بينه وبين سنة . » وعن سماعة برواية الثلاثة ^(٢) في الموثقة « قال : سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته ، قال : ترثه مادامت في عدتها ، وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة ، فإن زاد على السنة يوماً واحداً لم ترثه ، وزاد في الكافي والتهذيب « وتتمد منه أربعة أشهر وعشراً ، عدة المتوفى عنها زوجها . وبهذه الرواية استدلل الشيخ على ما قدمنا نقله عنه ، وردها المتأخرون بضعف السند ، وهو غير مرضي ولا معتمد . » و ما رواه في الكافي والفقهاء ^(٣) عن أبان عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في رجل طلق امرأته تطليقتين في صحته ، ثم طلق التطليقة الثالثة وهو مريض : إنما ترثه مادام في مرضه وإن كان إلى سنة ، وهذه الرواية مع رواية أبي العباس الثانية ظاهرة الدلالة في أنها ترثه في عدة الطلاق البائن كما قدمنا ذكره ونحوهما ما يأتي في موثقة عبيد بن زرارة .

و ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن الحلبي وأبي بصير وأبي العباس جميعاً

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ ح ٧ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٢٨ ح ٢ وج ٣ ص ٣٥٤ ح ٧ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٨٥ ح ٩ ، وج ٨ ص ٧٨ ح ١٨٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٤ ب ٢٢ ح ١ ، وفي بعضها اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٣ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ ح ٣ ، وما في المصادر اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج ٧ ص ١٣٤ ح ٦ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٨٦ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٧ ب ٢٢ ح ٩ .

عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال : ترثه ولا يرثها إذا انقضت العدة » .
 ومارواه في التهذيب ^(١) عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته في مرضه ، قال : ترثه مادام في مرضه وإن انقضت عدتها » .
 وعن عبيد بن زرارة ^(٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يطلق امرأته تطليقتين ثم يطلقها الثالثة وهو مريض فهي ترثه » .
 ومارواه في الفقيه والتهذيب ^(٣) عن ابن مسكان عن البقباق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو مريض ، قال : ترثه في مرضه ما بينه وبين سنة إن مات من مرضه ذلك ، وتعتد من يوم طلقها عدة المطلقة ، ثم تتزوج إذا انقضت عدتها ، وترثه ما بينها وبين سنة إن مات في مرضه ذلك وإن مات بعد ما تمضي سنة فليس لها ميراث » .
 ولا منافاة بين هذا الخبر وبين ما تقدم في وثيقة سماعة ^(٤) من أنها تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً ، فإن المراد من هذا الخبر أنها تعتد بعد طلاقها عدة المطلقة ، وهما يتوارثان في العدة كما تقدم ، فإذا انقضت العدة امتنع ميراثه منها لوماته ، وبقي ميراثها منه لو مات ، فلو مات قبل السنة وراثته ، واعتدت منه عدة المتوفى عنها زوجها ما لم تتزوج قبل ذلك ، وعلى هذا تحمل موثقة سماعة .
 و ما رواه في كتاب من لا يحضره الفقيه ^(٥) عن صالح بن سعيد عن يونس

(١) التهذيب ج ٨ ص ٧٨ ح ١٨٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٧ ب ٢٢ ح ١٠ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٠ ح ١٩٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٨ ب ٢٢ ح ١٥ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٩ ح ١٩٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٧ ب ٢٢ ح ١١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٢٢ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٥ ب ٢٢ ح ٤ .

(٥) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٤ ب ١٤ ح ٧ .

عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته ما العلة التي من أجلها إذا طلق الرجل امرأته وهو مريض في حال الإضرار ورثته ولم يرثها ؟ فقال: هو الإضرار ومعنى الإضرار منعه إيتاها ميراثها منه، فألزم الميراث عقوبة .

و هذا الخبر صريح فيما ذهب إليه الشيخ مما تقدم نقله عنه ، و هو ظاهر الصدوق بناءً على قاعدته المذكورة في صدر كتابه .

وما رواه في التهذيب ^(١) عن محمد بن القاسم الهاشمي قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا تراث المختلعة والمباراة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان ذلك منهن في مرض الزوج وإن مات في مرضه ، لأن العصة قد انقطعت منهن ومنه . أقول : وفي هذا الخبر ما يشير إلى ذلك ، فإن الأخبار المتقدمة كلها قد اتفقت على ميراثها منه إلى سنة وإن خرجت من العدة ، وهؤلاء إنما خرجوا من الحكم المذكور لأن العلة في الطلاق من جهتهن بالمطالبة بالطلاق دون المطلقة التي لا تطلب ذلك ، بل ربما تكون كارهة له وإن بات كما ذكره في الاستبصار .

هذا ما حضري من أخبار المسألة ، وأنت خير بأته إذا ضم بعضها إلى بعض ما تقدم وما تأخر من غير ردٍ لشيء منها كما هو قاعدتنا في الكتاب ، فإن الناتج من ذلك هو أنه لا ينبغي للمريض أن يطلق زوجته إضراراً بها ، وهذا هو العلة في المنع الوارد في الأخبار المتقدمة في صدر المسألة .

ثم إنه إن فعل ذلك وخالف فإن طلاقه يكون صحيحاً ، فيجوز للمرأة التزويج بعد الخروج من العدة ، فإن تزوجت بعد العدة أو يرى المريض من مرضه أو جاز المرض السنة فلا ميراث بينهما ، وإلا فهي ثرته وإن باتت منه بطلاق بائن أو خروج من العدة الرجعية عقوبة ومقابلة له بضد ما قصده من منعها من الميراث بالطلاق ، وتعد عدة المتوفى عنها زوجها متى ورثته .

وأما ما ادعاء في المسالك من ورود أخبار دالة على ما ذهب إليه الشيخ من أنه

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٥ ح ٤ .

يرثها كما ترثه في العدة البائنة ، فليس في الأخبار المذكورة ما يدل عليه وليس غيرها في الباب .

نعم هنا بعض الأخبار المأهمة لذلك ، إلا أنه ليس فيها تصريح بالمرض ، بل ظاهرها إتما هو الصحيح .

ومنها ما رواه في التهذيب^(١) عن عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته آخر طلاقها ، قال : نعم يتوارثان في العدة . وعن يحيى الأزرق^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام قال: المطلقة ثلاثاً ترث وتورث ما دامت في عدتها ، والشيخ قد حملها تارة على ما إذا وقعت الثلاث في مجلس واحد فتحسب بواحدة يملك معها الرجعة ، وأخرى على ما إذا وقعت الثالثة في حال مرض الزوج ، فإنه يوجب الارث وإن انقطعت العصمة .

وأنت خير بما في هذا الاستدلال مع تعدد الاحتمال من الضعف والقصور ، وبه يظهر قوة القول المشهور كما تقدم ذكره ، والتأويل الثاني إتما يتم لو قام الدليل من خارج على ميراثه منها كما قام على ميراثها منه ، وإلا فإثباته بمجرده هذه الرواية لا يخفى ما فيه .

تنبيهات

الأول: المشهور أنه كما لا يلحق بالطلاق غيره من انواع الفسخ اتفاقاً كذلك لا يلحق بالمرض غيره مما يشبهه من الأحوال المخوفة ، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين ، ونقل عن ابن الجنيد أنه ألحق الأسير الغير الآمن على نفسه غالباً ، والمأخوذ للقيود بحد يخاف عليه ، مثل ما يخاف عليه بالمرض .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٨٠ ح ١٩١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٨ ب ٢٢ ح ١٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٩٤ ح ٢٣٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٨ ب ٢٢ ح ١٣ .

ونفى عنه العلامة - رحمه الله عليه - البأس ، ولا يخفى أنّه مجرد قياس لا يخرج عن ظلمة الالتباس .

الثاني: اختلف الأصحاب فيما لو طلق الأمة مريضاً طلاقاً رجعيّاً، أو الكتائية، ثمّ اعتقت الأمة وأسلمت الكتائية في العدة ومات في مرضه ، فقيل بأنّهما ترثان في العدة ولا ترثان بعدها، لانتفاء التهمة، لأنّ الأمة والكتائية لا ترثان وقت الطلاق. وقيل : إنّهما ترثان مطلقاً ولو بعد العدة ، لوجود المقتضي للارث - وهو الطلاق في المرض - وانتفاء المانع ، إذ ليس هنا إلاّ كونهما غير وارثين وقت الطلاق، وهو لا يصلح للمانعة، لأنّ الاعتبار استحقاق الارث حال الحكم به، والمفروض أنّهما حال الموت حرة مسلمة .

و أت خبير بأنّ القولين المذكورين متفرعان على الخلاف المتقدم ذكره من أنّ الموجب للميراث بعد العدة أو كون الطلاق بائناً هل هو مجرد إطلاق الأخبار الدالة على أنّ المريض إذا طلق امرأته في حال مرضه ودرته إلى سنة ؟ أو أنّ الموجب إنّما هو حصول التهمة بكون طلاقه لها قصد حرمانها من الميراث ؟ فالقول الثاني وهو القول بميراثها مطلقاً يتفرع على الأول ، والأول على الثاني . وقيل في المسألة أيضاً قول ثالث، وهو أنّها لا ترث^(١) وإن انتفت التهمة وعُلل بأنّه طلقهما في حال لم يكن لهما أهلية الارث ، والمفروض كون الطلاق بائناً، فلم يصادف وقت الارث أهليتهما له للبينونة ولا وقت الطلاق لوجود المانع وهو الرق والكفر .

و نقل عن فخر المحققين أنّه استدلّ على هذا القول بأنّ النكاح الحقيقي لم يوجب لهما الميراث فكيف الطلاق . واعترضه في المسالك بمنع أنّ النكاح لا يوجب الميراث ، قال : بل هو موجب له مطلقاً ، ولكنّ الكفر والرق مانعان من الارث إذ الاسلام والحرية شرط فيه، وتخلّف الحكم عن السبب لوجود مانع

(١) الظاهر أنّهما لا ترثان هو الصحيح .

أو فقد شرط لا يقدح في سببته، فإذا فقد المانع أو وجد الشرط عمل السبب عمله كما حقق في الأصول والأمر هنا كذلك، انتهى .

أقول : والظاهر بالنظر إلى ما قدمنا اختياره من أن الموجب للارث إنما هو التهمة بقصد الأضرار بها هو القول الأول من الأقوال الثلاثة المذكورة ، وهو اختيار العلامة في المختلف ، ونقله فيه عن ابن الجنيدي أيضاً وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك بناءً على ترجيحه القول بإطلاق الأخبار المتقدمة وعدم صلاحية المختص للتخصيص لضعف الإسناد اختار الثاني .

الثالث : إذا ادعت المطلقة المريض أن المريض طلقها قبل موته في حال المرض ، وأنكر الوارث ذلك وزعم أنه طلقها في حال الصحة قالوا : إن القول هنا قول الوراث لتساوي الاحتمالين المذكورين ، والأصل عدم التواتر إلا مع وجود سببه .

توضيحه : أن إرث المطلقة هنا لما كان جارياً على خلاف الأصل ومتوقفاً على شرط - وهو وقوع الطلاق في حال مرض الموت - فلا بد في ثبوت الميراث من العلم بوجود الشرط المذكور ، وإلا فالأصل عدم الارث .

الرابع : قالوا : لو طلق أربعاً مرضه وتزوج أربعاً ودخل بهن ثم مات فيه كان الربع أو الثمن بينهما بالسوية ، وإنما قيد تزويج الأربع الجديدات بالدخول لماسياً أي إن شاء الله من أن صحة نكاح المريض مشروط بالدخول، فلو مات قبله فلا ميراث، وحينئذٍ إذا دخل بالأربع الجديدات وورثته بالدخول والزوجة المقتضية لذلك ، وورثته الأربع الأولى أيضاً لوجود سببه ، وهو الطلاق في مرض الموت المقتضي للارث وإن خرجن عن الزوجية . وحينئذٍ فتشترك الجميع في الربع أو الثمن بالسوية كاشتراك الأربع فيه ولا ميراث لما زاد عن الأربع بالزوجية إلا في هذه الصورة، والله العالم .

المقصد الثالث

في جملة من الأحكام المتعلقة بالمقصد المتقدم

وفيه فصول :

الاول في المحلل:

و يشترط فيه شروط، الأول: أن يكون الزوج بالغاً، و في المراهق خلاف ،
والذي قطع به الأكثر العدم، وقوى الشيخ في المبسوط والخلاف وقوع التحليل
بالمراهق ، وهو من قارب الحلم ، فإنه يحصل بوطئه التحليل .

ويدل على المشهور صريحاً ما رواه في الكافي^(١) عن علي بن الفضل الواسطي
«قال: كتبت إلى الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح
زوجاً غيره فتزوجها غلام لم يحتلم، قال: لا، حتى يبلغ. فكتبت إليه: ما حد البلوغ؟
فقال: ما اوجب على المؤمنین الحدود» .

وماروي في عدة أخبار عنه عليه السلام «حتى تذوق عسلته و يذوق عسلتك»
وهو ما فسره في النهاية^(٢) وغيرها من كتب اللغة كناية عن لذة الجماع، وقيل:
الانزال ، وهو لا يتحقق إلا في البالغ لأن اللذة التامة إنما تحصل بانزال المنى
وإن حصل قبله لذة ما ، و يشير إليه التشبيه بالعسل المشتمل على كمال اللذة ،
و استدل للشيخ بظاهر قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»^(٣) الصادق ذلك
الصغير والكبير، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني - رحمه الله عليه - في المسالك بالميل
إلى ما ذهب إليه الشيخ مستنداً إلى ظاهر الآية المذكورة ، و استضعافاً لسند
الرواية المتقدمة ، و حملاً للحديث النبوي على ما يشمل المراهق لأن له لذة

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٦ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٧ ب ٨ ح ١.

(٢) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٢٣٧.

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٠.

الجماع، وكذلك المرأة تلنّذ به فيتناول له الخبر .

وفيه : أن ما استند إليه من ظاهر الآية يردّه أنّهم قد صرحوا في غير مقام بأن الإطلاق إنّما ينصرف إلى الأفراد الكثيرة المتعارفة دون الأفراد النادرة، ولا ريب أن نكاح غير البالغ من أندر الفروض النادرة .

وأما ردّ الرواية بضعف السند فقد عرفت أنّه غير مرضي ولا معتمد ، أما عندنا فظاهر ، وأما عندهم فلجبرها بشهرة الفتوى بمضمونها ، حتّى أن سبطه الذي هو عمدة المشيدين لهذا الاصطلاح المحدث قد قال بالقول المشهور واستدلّ بها .

وأما دعوى دخول المراهق في الحديث النبوي فهو بعيد غاية البعد لما أشرنا إليه آنفاً .

الثاني : أن يطأها المحلل ، فلا يكفي العقد المجرد عن الوطء ، ولا الخلوة المضاف إليه . ونقل الإجماع على ذلك من الخاصّة والعامة إلا من سعيد بن المسيّب ، حيث اكتفى بمجرد العقد عملاً بظاهر الآية المتقدمة ، لأن النكاح حقيقة في العقد . وفيه مضافاً إلى الإجماع المذكور أن إطلاق الآية مخصّص بأخبار العسيلة ، ومنها في خصوص ما نحن فيه ، ما رواه في الكافي ^(١) عن أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذي لا تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ثم تزوج رجلاً لا يدخل بها ، قال : لا حتّى يذوق عسيلتها .

و ما رواه في التهذيب ^(٢) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها ، فإذا طلقها الثالثة لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره ، فإذا تزوجها غيره ولم يدخل بها وطلقها أو مات عنها لم تحلّ لزوجها الأول حتّى يذوق الآخر عسيلتها .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٦ ب ٧ ذيل ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٣ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥٢ ب ٣ ح ٩ .

وخبر العسيلة أيضاً مردىً عندهم كما هو مردىٌ عندنا ، فروى غير واحد منهم ^(١) د أنه جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة ، فبت طلاقي ، فزوجت بعده عبدالرحمن بن الزبير ، فطلقني قبل أن يمسنني - وفي رواية : وأنا معه مثل هديّة الثوب - فتبسم النبي ﷺ وقال : أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ، ويدوق عسيلتك .

الثالث: أن يكون الوطء في القبل فلا يكفي في الدبر ، وقال في المسالك : وهو مستفاد أيضاً من ذوق العسيلة ، فإنه منتفٍ من الجانبين في غير القبل ، ولأنه المعهود .

أقول : و في هذا الكلام تأييد لما أوردناه عليه آخفاً من استناده إلى ظاهر الآية في تقوية مذهب الشيخ ، مع أنه خلاف المعهود ، واستناده إلى الحديث النبوي في شموله المراهق ، بدعوى حصول اللذة له فإن اللذة أيضاً حاصلة بالجماع في الدبر ، ولم يرتكب ذلك فاعله إلا لما يراه فيه من اللذة ، ولكنها لا يبلغ لذة النكاح في القبل ، ودعواه - رحمة الله عليه - أنه منتفٍ من الجانبين في غير القبل ممنوعة لما عرفت .

الرابع: كون الوطء موجباً للفعل ، وحده أن تغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها ، لأن ذلك هو مناط أحكام الوطء كلها ، قالوا : والفرق بين أن يحصل مع ذلك انتشار العضو وعدمه حتى لو حصل بإدخال الحشفة بالاستعانة ، كفى على ما يقتضيه إطلاق النص والفتوى .

و يشكل ذلك بأخبار العسيلة الظاهرة في حصول اللذة بذلك الجماع ، ومجرد إدخال المقدار المذكور على هذا الوجه لا يترتب عليه لذة كما لا يخفى ، ودعوى اقتضاء إطلاق النص ما ذكره ممنوع ، فإن الإطلاق إنما

(١) سنن أبي داود ج ٢ ص ٢٩٤ ح ٢٣٠٩ ، سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٧٣ ، النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٢٣٧ .

يحمل على الأفراد الشائعة المتكررة دون الفروض النادرة، ويؤيد ذلك بأخبار العسيلة المذكورة. وبالجملته فالظاهر عندي ضعف ما ذكره، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه.

الخامس: كون ذلك بالعقد الدائم، واحترزنا بالعقد عن ملك اليمين والتحليل لقوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»^(١) والنكاح حقيقة في العقد، وعلى تقدير كونه حقيقة في الوطء فلفظ الزوج موجب لخروج النكاح بالملك والتحليل إذ لا يسمى واحد منهما زوجاً، ويدل على ذلك قوله تعالى «فإن طلقها» والنكاح بملك اليمين أو التحليل لا طلاق فيه.

ومن الأخبار الدالة على ذلك بالنسبة إلى ملك اليمين ما رواه في التهذيب^(٢) عن الفضيل عن أحدهما عليهما السلام قال: سألت عن رجل زوج عبده أمته ثم طلقها تطليقتين، أيراجعها إن أراد مولاه؟ قال: لا، قلت: أفرأيت إن وطأها مولاه أيجل للعبد أن يراجعها؟ قال: لا، حتى تزوج زوجاً غيره ويدخل بها فيكون نكاحاً مثل نكاح الأول، وإن كان قد طلقها واحدة فأراد مولاه راجعها.

والتقريب فيها أن الأمة محرم بتطليقتين ولا تحل إلا بالمحلل، وقد منع عليه السلام نكاح المولى أن يكون تحليلاً موجباً لجواز مراجعة الزوج الأول لها، وأوجب زوجاً غيره مثل التزويج الأول، ونحوها أيضاً رواية عبد الملك بن أعين^(٣). واحترزنا بالدائم عن نكاح المتعة، فإنه لا يحصل به تحليل اتفاقاً وفتوى،

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٠.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٧ ح ٢١٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٧ ح ٢.

(٣) وهي ما رواه في التهذيب [ج ٨ ص ٨٤ ح ٢٠٥] عن عبد الملك بن أعين قال: «سألت عن رجل زوج جاريته رجلاً فمكنت معه ما شاء الله ثم طلقها ورجعت إلى مولاه فوطأها، أتحل لزوجها إذا أراد أن يراجعها؟ قال: لا، حتى تنكح زوجاً غيره» وهي محمولة على ما إذا كان الطلاق مرتين، لأن الطلاق مرة لا يوجب التحريم كما صرح به الرواية المذكورة في الأصل. (منه - قدس سره -).

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : « قال سألت عن رجل طلق امرأته ثلاثاً ، ثم تمتع منها رجل آخر ، هل تحل للأول ؟ قال : لا » .

وعن الصيقل^(٢) : « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها رجل متعة ، أيحل له أن ينكحها ؟ قال : لا ، حتى تدخل في مثل ما خرجت منه » .

أقول: وفي هذا الخبر دلالة على عدم التحليل بشيء من الثلاثة المذكورين فإن الذي خرجت منه إنما هو النكاح بالعقد الدائم ، وهو الذي حصل به التحريم بالتكرار ثلاث مرات ، فلا بد في المحلل الذي تدخل فيه أن يكون كذلك ، فلا يجزي نكاح الملك ولا التحليل ولا المتعة ، وهو ظاهر .

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٣) عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام : « قال : قلت له : رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فيتزوجها رجل متعة ، أتحل للأول ؟ قال : لا ، لأن الله تعالى يقول : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها » والمتعة ليس فيها طلاق » .

أقول: ومن هذا الخبر أيضاً استفاد عدم التحليل بملك اليمين والتحليل ، إذ لا طلاق في شيء منهما كما عرفت .

وعن هشام بن سالم^(٤) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل تزوج امرأة ثم طلقها فبانت فتزوجها رجل آخر متعة ، هل تحل لزوجها الأول ؟ قال : لا ، حتى تدخل فيما خرجت منه » والتقريب فيها كما تقدم في رواية الصيقل الأولى .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٨ ب ٩ ح ٢ وفيهما « تمتع فيها » .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٨ ب ٩ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٤ ح ٢١ و ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٩ ب ٩ ح ٣ و ٤ .

وعن عمار بن موسى ^(١) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقتين للعدة، ثم تزوجت متعة، هل تحل لزوجها الأول؟ قال: لا، حتى تزوج ثباتاً » .

أقول : وفي هذا الخبر دلالة على ما ذكرناه من الشرط المذكور الموجب لخروج الثلاثة المذكورة ، فإن ثباتاً إما بالناء المثلثة ثم الباء الموحدة ثم الناء المنتاة من فوق ، أو بالباء الموحدة أولاً ثم بالتائين المنتاتين من فوق من البت بمعنى الزوم ، والمعنيان متقاربان ، وهما كناية عن العقد الدائم كما وقع التعبير به في غير هذا الخبر أيضاً .

ومن أخبار المسألة زيادة على ما ذكر مارواه في الكافي ^(٢) عن إسحاق بن عمار « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته طلاقاً لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، فتزوجها عبد ثم طلقها ، هل يهدم الطلاق ؟ قال : نعم ، لقول الله تعالى في كتابه « حتى تنكح زوجاً غيره » و قال : هو أحد الأزواج ، وفي الخبر دلالة على التحليل بتزويج العبد كالحر .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن التحليل المذكور إذا استكمل الشرائط المذكورة فإنه لا خلاف في هدمه الثلاث الطلقات إذا وقع بعدها، وإثماً الخلاف في هدمه ما دون الثلاث ، بمعنى أنه إذا طلق الزوجة طليقة واحدة أو طليقتين ثم خرجت من العدة فتزوجت بغيره تزويجاً مشتملاً على شروط التحليل المتقدمة ثم طلقها أو مات عنها ثم رجعت إلى الزوج الأول بعقد جديد ، فهل تبقى معه على ثلاث تطليقات ، بمعنى أن هذا التزويج قد هدم الطلاق الأول فكأنه لم يطلقها بالكليّة ولا يحسب تلك الطليقة أو الطليقتان ؟ أو أنها تبقى معه على ما بقي من الثلاث ،

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٣ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ ح ٥ وفيهما «بتاتاً» مع اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٠ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

بمعنى أن التزويج الثاني لم يهدم الطلاق الأول فتبقى بعد عودها إلى الأول على واحدة أو اثنتين؟ قولان، المشهور الأول، وقيل بالثاني، إلا أن القائل به غير معلوم، وإنما نقله الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا المتأخرين، وهو الظاهر عندي من الأخبار كما ستمر بك إن شاء الله تعالى واضحة المنار ساطعة الأنوار.

والذي يدل على القول المشهور ما رواه ثقة الاسلام في الكافي^(١) عن رفاعه في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه وانقضت عدتها ثم تزوجت زوجاً آخر فطلقها أيضاً ثم تزوجها زوجها الأول، أيهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال: نعم.

ورواها الشيخ في التهذيب^(٢) بسند فيه ضعف عن رفاعه بن موسى قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل طلق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه ثم يتزوجها آخر فيطلقها على السنة فتبين منه ثم يتزوجها الأول، على كم هي عنده؟ قال: على غير شيء. ثم قال: يارفاعه كيف إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها ثانية استقبل الطلاق، فإذا طلقها واحدة كانت على اثنتين.

ومارواه في التهذيب^(٣) عن عبد الله بن عقيل بن أبي طالب عليه السلام في الضيف قال: اختلف رجلان في قضية إلى علي عليه السلام وعمر في امرأته طلقها زوجها تطليقة أو اثنتين، فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها، فلما انقضت عدتها تزوجها الأول، فقال عمر: هي منك على ما بقي من الطلاق. وقال أمير المؤمنين عليه السلام: سبحانه الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة.

وأما ما يدل على القول الآخر فظاهر الآية وهي قوله تعالى «فإن طلقها

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٧ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٣٠ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣١ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٤ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٣ ب ٦ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره، فإن المراد من الآية كما ذكره المفسرون وبه وردت الأخبار أنه إذا طلقها الثالثة، وهو أعم من أن يتحلل ذلك نكاح زوج غيره أم لا، إذ المدار في التحريم المتوقف حله على المحلل هو حصول الطلاقات الثلاث مطلقاً، وبه أخبار صحاح صراح متكثرة.

ومنها ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن وفي التهذيب ^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل طلق امرأته تطليقة واحدة ثم تركها حتى قضت عدتها ثم تزوجها رجل غيره ثم إن الرجل مات أو طلقها فراجعها الأول، قال: هي عنده على تطليقتين باقيتين.

ومارواه في الكافي ^(٢) عن علي بن مهزيار في الصحيح قال: كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام: روى بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته على الكتاب والسنة فتبين منه بواحدة فتزوج زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول، أنها تكون عنده على تطليقتين وواحدة قد مضت، فوقع عليه تحته صدقوا. وروى بعضهم أنها تكون عنده على ثلاث مستقبلات، وأن تلك التي طلقها ليست بشيء لأنها قد تزوجت زوجاً غيره، فوقع عليه بخطه: لا.

ومارواه الشيخ ^(٣) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن أحمد عن عبد الله بن محمد قال: قلت له: روي عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته على الكتاب والسنة فتبين منه بواحدة فتزوج زوجاً غيره فيموت عنها أو يطلقها فترجع إلى زوجها الأول أنها تكون عنده على تطليقتين وواحدة قد مضت، فقال: صدقوا.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٣٢ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ ح ٦ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٦ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ ح ٧ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٢ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٤ ب ٦ ح ٧ وفيهما اختلاف يسير.

وما رواه الشيخ^(١) في الصحيح عن منصور عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة طلقها زوجها واحدة أو اثنتين ثم تركها حتى تمضي عدتها فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول ، قال : هي عنده على ما بقي من الطلاق .

و رواه أيضاً بسند آخر في الصحيح عن ابن مسكان عن محمد الحلبي^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

وعن جميل بن دراج^(٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم يطلقها فتزوجها الأول ثم يطلقها فتزوجت رجلاً ثم يطلقها ، فإذا طلقها على هذا ثلاثاً لم تحل له أبداً .

و نحوه روى إبراهيم بن عبد الحميد^(٤) عن الحسن عليه السلام و في بعض متون هذا الخبر و هو الذي نقله في المسالك عن حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام وأبراهيم بن عبد الحميد عن الكاظم عليه السلام قال : إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم يطلقها زوجها الأول ثم يطلقها فتزوجت رجلاً ، ثم يطلقها هكذا ثلاثاً لا تحل له أبداً .

و التقريب في هذا الخبر أنه لو هدم الزوج المتوسط الطلاق الذي تقدم من الزوج الأول كان إذا طلقها على الوجه المذكور في الخبر تحل له أبداً لعدم الموجب للتحريم . والظاهر أن المراد بقوله «لم تحل» له أبداً ، يعني حتى تنكح زوجاً غيره .

وما رواه الشيخ^(٥) عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن موسى بن بكير عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول في الرجل يطلق امرأته تطليقة ثم يتزوجها بعد زوج : إنها عنده على ما بقي من طلاقها ، وليس في سند هذا

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٢ ح ١٣ و ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٥ ب ٦ ح ٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٢٨ ح ٧ و ١٣ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٣٢ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٥ ب ٦ ح ١٠ وفيهما «موسى بن بكير» .

الخبر من يتوقف في شأنه إلا موسى بن بكير ، فإنه قيل : إنه واقفي إلا أنه من أصحاب الأصول ، و الراوي عنه صفوان الذي قد نقل فيه إجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه ، فالرواية لا يخلو من الاعتبار في سندها .

و ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن النصر عن عاصم عن محمد بن قيس ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل طلق امرأته تطليقة ثم نكحت بعده رجلاً غيره ثم طلقها فنكحت زوجها الأول ، فقال : هي عنده على تطليقة . هذا ما حضرني من روايات هذا القول ولا يخفى على الناقد البصير ضعف معارضة روايتي القول المشهور لهذه الأخبار ، بل التحقيق أنه ليس للقول المشهور إلا رواية رفاعه ، لأن رواية عبدالله بن عقيل لم تستند إلى إمام ، وإنما استندت إليه ، فهي ليست بدليل شرعي ، ولا سيما مع معارضتها برواية الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام خلاف ما دلت عليه كما عرفت ، فلم يبق إلا رواية رفاعه ، والعمدة في ترجيحها إنما هو شهرة القول بها ، فانحصر الدليل في الشهرة ، ولهذا أن جملة من المتأخرين قد ترددوا في المسألة ، واستشكلوا فيها من حيث صحة أخبار القول الثاني و تكاثرها و من حيث شهرة القول الأول حيث لم يظهر له مخالف منهم ، و منهم العلامة في التحرير والسيّد السند في شرح النافع والفاضل الخراساني في الكفاية ، ونسبه المحقق في كتابيه إلى أشهر الروايتين ، ومثله العلامة في القواعد والارشاد إيداناً بالتوقف فيه .

و الشيخ قد أجاب عما نقله من أدله هذا القول بوجوه : (منها) أن الزوج الثاني لم يدخل بها ، أو كان تزوج متعة ، أو لم يكن بالغاً ، فإن في جميع هذه المواضع لا يحصل التحليل كما تقدم ذكره ، أو الحمل على التقيّة محتجاً بأنه مذهب عمر كما دلت عليه رواية عبدالله بن عقيل ، ولا يخفى بعد الجميع .

قال السيّد السند في شرح النافع بعد ذكر محامل الشيخ : و لا يخفى بعد

(١) البحار ج ١٠٤ ص ٦٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٥ ب ٦ ح ١١ .

هذه المحامل، و المسألة محلّ تردد، والقول بعدم الهدم لا يخلو من قوة، إلا أن المشهور خلافه، ومن ثمّ اقتصر المصنّف على جعل رواية الهدم أشهر مؤدّناً بتوقفه فيه وهو في محله، انتهى.

و قال جده في المسالك بعد ذكر جملة من أدله هذا القول: ولا يخفى عليك قوة دليل هذا الجواب لضعف مقابله، إلا أن عمل الأصحاب عليه، فلا سبيل إلى الخروج عنه - ثمّ نقل محامل الشيخ الثلاثة الأولى، وقال عقيبها: - وما أشبه هذا الحمل بأصل الحجّة.

أقول: لا يخفى عليك ما في التمسك بعمل الأصحاب في مقابلة هذه الأخبار الصحاح الصراح المستفيضة من المجازفة، فإنّه لا ريب أن المأخوذ على القبحه في الفتوى بالأحكام الشرعيّة إنّما هو الأخذ بما أتزل الله سبحانه ممّا ورد في الكتاب العزيز والسنة المطهّرة. ولا سيّما الخبر المستفيض من الخاصّة والعامة عنه ^(١) وإتي تارك فيكم الثقلين كتاب الله وعترتي أهل بيتي، لن يفترقا حتّى يردا عليّ الحوض، لن تضلّوا ما إن تمسّكتكم بهما، لا ما ذكره غيره من العلماء وإن ادعوا الاجماع عليه.

و بذلك اعترف هو نفسه - رحمة الله عليه - في مسألة ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيّة من كتاب الوصايا، وقد قدمنا كلامه في كتاب الوصايا إلا أنّه لا بأس بنقل ملخصه هنا.

قال - رحمة الله عليه - : ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه، لأنّ الحقّ أن إجماع أصحابنا إنّما يكون حجّة مع تحقّق دخول قول المعصومين ^(عليهم السلام) في جملة قولهم - إلى أن قال: - و بهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخّر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع إذا قام عنده الدليل

(١) الكافي ج ١ ص ١٩ ح ٩، الوسائل ج ١٨ ص ١٥١ ب ١٣ ح ٧٧ و ص ١٩ ب ٥ ح ٩، مستند أحمد بن حنبل ج ٣ ص ١٤ و ١٧ وما في المصادر اختلاف يسير.

على ما يقتضي خلافهم، وقد اتفق ذلك لهم كثيراً ، لكن زلة المتقدم متسامحة عند الناس دون المتأخرين ، انتهى .

فانظر إلى ما بينه وبين هذا الكلام المنحل الزمام من الغفلة مما حققه في ذلك المقام ، الذي هو التحقيق بالأخذ به والالتزام ، ثم إننا لو تنزلنا عن القول بمقتضى قواعدهم من أنه لا يجمع بين الأخبار إلا بعد تحقق المعارض بينها ، وقلنا بثبوت التعارض بين روايات القول الآخر وموثقة رفاعه ، فالواجب الرجوع إلى طرق الترجيح الواردة في مقبولة عمر بن حنظلة ^(١) ورواية زرارة ونحوهما ، ومن الطرق المذكورة الترجيح بالأعدل والأفقه والأورع .

(ومنها) الترجيح بالشهرة ، ولا ريب في حصول الترجيح بهاتين الطريقتين لروايات القول الآخر ^(٢) دون رواية رفاعه ، فإن روايات عدم الهدم قد رواها كثير من فقهاء أصحابهم عليه السلام كزرارة و علي بن مهزيار ومنصور بن حازم وجميل بن دراج و عبد الله بن علي بن أبي شعبة وأخيه محمد ، فتكون روايات عدم الهدم بذلك أشهر رواية وأعدل وأفقه وأورع رواية والمراد بالشهرة التي هي أحد طرق الترجيح إنما هي الشهرة في الرواية ، لا العمل كما حقق في محله ، وكذا المجمع عليه ، وهو حاصل لروايات عدم الهدم خاصة .

وبالجملة فالترجيح بهاتين الطريقتين مما لا إشكال في اختصاصه بالروايات المذكورة .

(ومنها) الترجيح بموافقة الكتاب ، وهو أيضاً مخصوص برواية عدم الهدم

(١) الكافي ج ١ ص ٦٧ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ ح ١ .

(٢) ومقتضاها هو طرح رواية رفاعه بالكلية لعدم نهوضها بالمعارضة سنداً وعدداً إلا أنا لو تنزلنا عن ذلك وقلنا بمعارضتها فلنا أن نقول أيضاً ما عرفت في الأصل .

(منه - قدس سره -)

بالتقريب الذي قدمناه، وقد استفاضت الأخبار بالرد^(١) إلى الكتاب^(٢). وأن ما خالف كتاب الله زخرف.

(ومنها) الترجيح بالاحتياط كما تضمنته مرفوعة زرارة^(٣) وهو أيضاً مخصوص بالرواية المذكورة.

(ومنها أيضاً) الأخذ بقول الأخير من الامامين عليهما السلام^(٤). وهذه القاعدة ذكرها الصدوق في كتابه، وهو أيضاً حاصل الروايات المذكورة.

وبيانه: أن صحيح علي بن مهزيار قد اشتمل على عرض القولين المذكورين على أبي الحسن الهادي عليه السلام فصدق روايات القول الآخر، وبقي روايات القول المشهور.

أما الترجيح بالتحقيق فهو أقوى ما يمكن أن يتمسك به لترجيح خبر رفاعه. وفيه (أولاً) أنه مبني على ثبوت ذلك، وهو غير معلوم، فإن المستند بكونه حكم عمر إنما هو رواية عبدالله بن عقيل، وهي غير مستندة إلى الامام عليه السلام.

(١) الكافي ج ١ ص ٦٩، الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩.

(٢) مستدرک الوسائل ج ٣ ص ١٨٥ ب ٩ ح ٢ من أبواب صفات القاضي.

(٣) ومن أخبار هذه القاعدة ما رواه في الكافي [ج ١ ص ٦٧ ح ٨ وفيه اختلاف يسير] عن الحسين بن المختار عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لو حدثتك بحديث العام، ثم جئتني من قابل فحدثتك بأيهما كنت تأخذ؟ قال: قلت: كنت آخذ بالآخر، فقال لي: رحمك الله».

وعن المعلى بن خنيس [الكافي ج ١ ص ٦٧ ح ٩ وفيه اختلاف يسير] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إذا جاء حديث عن أولكم وحديث عن آخركم بأيهما آخذ؟ فقال: خذوا به حتى يبلغكم عن الحي فخذوا بقوله. قال: ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: إنا والله لا ندخلكم إلا فيما يسعكم».

والصدوق - رحمه الله عليه - أشار إلى هذه القاعدة في باب الرجل يوصي لرجلين [الفقيه ج ٤ ص ١٥١] حيث نقل فيه خبرين يتوهم أنهما مختلفان فقال: ولو صح الخبران جميعاً لكان الواجب الأخذ بقول الأخير كما أمر به الصادق عليه السلام. (منه - قدم سره -).

بل المخبر بذلك إنما هو عبدالله المذكور ، و قوله ليس بحجة شرعية ، سيما مع معارضة خبر زرارة الدالة على أن علياً عليه السلام كان يقول إنها على ما بقي من الطلاق ، وهي صريحة في أن مذهب علي عليه السلام هو القول بعدم الهدم ، والراوي عنه ابنه الباقر عليه السلام ، ولاتعارضه رواية عبدالله بن عقيل عنه عليه السلام خلافاً .
(وثانياً) أن العامة مختلفون في المسألة أيضاً على ما نقله الشيخ في الخلاف^(١) ، و القول بالهدم منقول عن أبي حنيفة وأبي يوسف وابن عمر ، وليس محل أخبار عدم الهدم على التقية كما ذكره الشيخ بأولى من محل رواية رفاة الشاذة النادرة عليه ، سيما مع ما علم من كتب السير و التواريخ من شيوع مذهب أبي حنيفة في زمانه وقوته ، وهو في عصر الصادق عليه السلام المروي عنه القول بالهدم ، وحينئذ فلا يبعد محل رواية رفاة الدالة على الهدم على التقية .

ويؤيده أن المنقول في كتب السير والأخبار أن شهرة هذه المذاهب الأربعة إنما كان قريباً من سنة خمس وستين وستمائة ، واستمر الأمر إلى هذا الزمان وأما في الأعصار السابقة فإن المعتمد في كل زمان على من اعتنت به خلفاء الجور وقدموه للقضاء والفتيا وإليه يرجع الحكم في جميع البلدان ، وكان المعتمد في زمن أبي حنيفة على فتاويه ، وفي زمن هارون الرشيد وهو في عصر مولانا الكاظم عليه السلام على فتاوي أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة ، قالوا : قد استقضاء الرشيد واعتنى به حتى لم يقلد في بلاد العراق و الشام و مصر إلا من أشار إليه أبو يوسف ، و في زمن المأمون كان الاعتماد على يحيى بن أكرم القاضي ، و في زمن المعتصم على أحمد ابن أبي داود القاضي ، و إذا كان الأمر كذلك فيجوز أن يكون المشهور في عصر مولانا الصادق عليه السلام الذي عليه عمل العامة ، وإليه ميل قضائهم وحكاهم هو القول بالهدم بل هو الواقع ، لأن اعتماد العامة في وقت الصادق عليه السلام كان على أبي حنيفة القائل بالهدم ، فالتقية منه لشيوع مذهبه في تلك الأيام ، وإن كان نادراً في وقت

(١) الخلاف : ج ٣ كتاب الطلاق «مسألة ٥٩» .

آخر ، وهذا بحمد الله ظاهر لاسترة عليه .

(و ثالثاً) أنه من الممكن عدم الترجيح هنا بهذه القاعدة - أعني التقيّة وعدمها - فإن طرق الترجيح التي اشتملت عليها مقبولة عمر بن حنظلة مترتبة ، فأولها الترجيح بالأعدل والأفقه والأورع ، ثم بعدها الترجيح بالأشهر والمجمع عليه ، ثم الترجيح بمخالفة العامة ، فالترجيح بمخالفة العامة إنما وقع في المرتبة الثالثة وهو لا يصار إليه إلا مع تعذر الترجيح بما قبله من المراتب .

وقد عرفت أن الترجيح بالمرتبتين الأولتين حاصل لروايات عدم الهدم ، وحينئذ فلا يصار إلى الترجيح بالتقيّة . فإن قلت : إن جملة من الأخبار قد دلت على الترجيح بمخالفة العامة مطلقاً ، قلنا : يجب تقييد ما اطلق بما دلت عليه هذه الأخبار الناصة على الترتيب بين هذه المراتب .

وكيف كان فقد ظهر لك ممّا حققناه في المقام بما لم يسبق إليه سابق من علمائنا الأعلام قوة القول بأخبار عدم الهدم ، وأنه هو الذي لا يحوم حوله نقض ولا إبرام .

مسائل

الاولى : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في حصول التحليل بالذمي كالمسلم إذ لم يذكر أحد منهم أن الاسلام شرط في المحلل ، ولا طلاق الآية ، وهي قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره» فلو طلق الذميّة ثلاثاً فتزوجت بعده ذميّة ثم بانت منه وأسلمت أو جوزنا نكاح الكتائية ابتداءً جاز للأول نكاحها ، ويتصور طلاق المسلم للذميّة ثلاثاً على تقدير أن رجوعه في طلاقها في العدة ليس ابتداءً نكاح فلا يمنع منه ، أو على القول بجواز نكاحها ابتداءً ، أو على تقدير طلاقها مرتين في حال كفرهما ، ووقوع الثالثة بعد إسلام الزوج دونها ، فإذا تزوجت ذميّة أفاد التحليل لزوجها المسلم إذا أسلمت أو قلنا بجواز نكاحها ابتداءً للمسلم . وقالوا : وكذا لو كان الزوج كافراً أو ترافعوا إلينا حكماً بحلّها له سواء

كان ذمياً أم لا، وكذا لو أسلم الزوج وقد حللها كافر مثلها، لأن أنكحة الكفار مقرة على حالها كما تقدم في بابه .

الثانية : لا خلاف بين أصحابنا في أن الاعتبار بالتحريم الموجب للمحلل و كون التحريم يحمل بثلاث أو اثنين إنما هو بالنسبة إلى المرأة دون الزوج ، بمعنى أنه لو كان تحتها امرأة حرة و استحكمت ثلاث طلاقات فإنها لا تحل له إلا بمحلل سواء كان الزوج حراً أو مملوكاً ، ولو كان تحتها أمة واستحكمت اثنين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره سواء كان زوجها حراً أو مملوكاً ، وخالفنا العامة في ذلك ، فجعلوا الاعتبار بحال الزوج ، فإذا كان حراً اعتبر في التحريم الثلاث سواء كان تحتها أمة أو حرة ، وإن كان الزوج عبداً اعتبر طلقتان و إن كان تحتها حرة ، ومظهر الخلاف في الحر تحت الأمة ، وبالعكس ، وإلا فلا خلاف فيما إذا كان حراً تحت حرة ، أو مملوكاً تحت مملوكة للاتفاق على الثلاث في الأولى والاثنتين في الثانية .

و تدل على ما ذهب إليه الأصحاب الأخبار المتكاثرة ، و منها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن عيص بن القاسم قال : إن ابن شبرمة قال : الطلاق للرجل فقال أبو عبد الله عليه السلام : الطلاق للنساء ، و بيان ذلك : أن العبد تكون تحتها الحرة فيكون تطليقها ثلاثاً ، ويكون الحر تحت الأمة ، فيكون طلاقها تطليقتين .

وعن زرارة^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح قال : سألت عن حر تحت أمة أو عبد تحت حرة ، كم طلاقهما و كم عدتهما ؟ فقال : السنة في النساء في الطلاق فإن كانت حرة فطلاقها ثلاثاً ، وعدتها ثلاثة قروء ، وإن كان حر تحت أمة فطلاقها طليقتان وعدتها قرءان .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩١ ب ٢٤ ح ١ وفيهما «وتبين ذلك» .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٤٠ وفيهما اختلاف يسير .

ج ٢٥ في ما لو كانت تحته أمة فطلقها تطليقتين ثم إنه اشتراها ٣٤٣

وعن عبدالله بن سنان^(١) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام : طلاق المملوك للحرّة ثلاث تطليقات ، وطلاق الحرّ للأمة تطليقتان .

وما رواه في الفقيه^(٢) عن حماد بن عيسى عن أبي عبدالله عليه السلام : قلت له : إذا كانت الحرّة تحت العبد كم يطلقها ؟ فقال : قال علي عليه السلام : الطلاق والعدة بالنساء إلى غير ذلك من الأخبار .

الثالثة : قد عرفت أن الأمة تحرم بتطليقتين ، ولا تحلّ لزوجها الأول إلا بمحلّ مستجمع للشرائط المتقدمة ، وهنا مواضع ثلاثة ، ربما كانت مظنة للشبهة ، إلا أنها قد انكشفت عنها بالأخبار الدالة على اندراجها في القاعدة المذكورة .

الأول : ما لو كانت تحته أمة فطلقها تطليقتين ثم إنه اشتراها ، فمقتضى القاعدة المتقدمة عدم جواز نكاحه لها حتى تزوج زوجاً آخر متصفّاً بصفات التحليل . وعلى ذلك يدلّ ما رواه الشيخ^(٣) عن يزيد بن معاوية العجلي في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام : في الأمة يطلقها تطليقتين ، ثم يشتريها ، قال : لا ، حتى تنكح زوجاً غيره .

وما رواه في الكافي^(٤) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام : قال : سألت عن رجل حرّ كانت تحته أمة فطلقها طلاقاً بائناً ثم اشتراها ، هل يحلّ له أن يطأها ؟ قال : لا .

وعن يزيد العجلي^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام : أنه قال في رجل تحته أمة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٤ ب ٢٥ ح ٧ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٣ ب ٢٥ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٨٤ ح ٢٠٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٨٤ ح ٢٠٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ ح ٥ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٨٥ ح ٢٠٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٦ ب ٢٦ ح ٥ .

فطلقها تطليقتين ثم اشتراها، قال: لا يصلح له أن ينكحها حتى تزوج زوجاً غيره، وحتى تدخل في مثل ما خرجت منه .

وعن سماعة^(١) في الموثق قال: سألته عن رجل تزوج امرأة مملوكة ثم طلقها ثم اشتراها بعده، هل تحل له؟ قال: لا، حتى تنكح زوجاً غيره.

أقول: المراد طلاقاً بائناً بالمرتين لأنه هو الذي يترتب عليه التحريم. وأما ما رواه الشيخ^(٢) عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كانت تحته أمة فطلقها طلاقاً بائناً ثم اشتراها بعد، قال: يحل له فرجها من أجل شراها، والحر والعبد في هذه المنزلة سواء.

وقال الكليني بعد ذكر حديث الحلبي^(٣) المتقدم: قال ابن أبي عمير: وفي حديث آخر: حل له فرجها من أجل شرائها، والحر والعبد في ذلك سواء.

ويظهر من ابن الجنيد القول بمضمون هذا الخبر على ما نقله في المسالك، فقد أجاب الشيخ عنه في كتابي الأخبار بحمل البيئونة على الخروج من العدة لا البيئونة بطلاقين وقيد بإباحة الفرج بالشراء بما إذا تزوجت زوجاً آخر واعترض عليه يسعد هذه التأويلات. ومال في الوافي^(٤) إلى حمل الأخبار الأخيرة على الرخصة وإن كان على كراهية.

والأقرب حمل الخبر المجوز على التقيّة كما يشير إليه ما رواه الشيخ^(٥) في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت تحته أمة فطلقها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٨٥ ح ٢٠٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٦ ب ٢٦ ح ٧.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٥ ح ٢١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ ح ٤ وفيهما «شرائها».

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٦ ب ٢٦ ح ٨.

(٤) الوافي ج ٣ ص ١٦٤.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٨٣ ح ٢٠٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٥ ب ٢٦ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

على السنة فبانت منه ثم اشتراها بعد ذلك قبل أن تنكح زوجاً غيره، قال: أليس قد قضى علي عليه السلام في هذا؟ أحلتها آية وحرمتها آية، وأنا أنهى عنها نفسي وولدي . ورواه الكليني ^(١) عن عبدالله بن سنان نحوه ، والنهي الذي نسبته إلى نفسه وولده حقيقة في التحريم .

وأما ما زعمه في الوافي من حمل الخبر المذكور على ما قدمنا نقله عنه من الجواز على كراهة فإنه في غاية البعد، فإن مقتضى القاعدة كما عرفت هو التحريم مع تأييدها بالأخبار المتقدمة .

ومما يدل على أن المراد بهذه العبارة إنما هو التحريم ما رواه الشيخ في التهذيب ^(٢) عن معمر بن يحيى بن بسام قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عما يروي الناس عن أمير المؤمنين عليه السلام عن أشياء من الفروج لم يكن يأمر بها ولا ينهى عنها إلا نفسه وولده ، قلنا: كيف ذلك؟ قال: أحلتها آية وحرمتها آية أخرى. قلنا: هل تكون إحداهما نسخت الأخرى؟ أم هما محكمتان ينبغي أن يعمل بهما؟ قال: قد بين لهم إذ نهى نفسه وولده ، قلنا: ما منعه أن يبيت للناس؟ قال: خشي أن لا يطاع، فلو أن أمير المؤمنين عليه السلام ثبتت قدماء أقام كتاب الله كله ، والحق كله، وروى ذلك علي بن جعفر في كتابه ^(٣) نحوه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٣ ح ١ وفيه اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٣ ح ٦٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٠١ ب ٨ ح ٨ .

(٣) أقول: وهو ما رواه [بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٦٦ ضمن ح ١ مع اختلاف يسير] في كتابه عن أخيه موسى عليه السلام قال: «سألته عن الاختلاف في القضاء عن أمير المؤمنين عليه السلام في أشياء من الفروج أنه لم يأمر بها ولم ينه عنها إلا أنه نهى نفسه وولده، فقلت: فكيف يكون ذلك؟ قال: أحلتها آية وحرمتها آية، قلت: هل يصلح أن تكون أحدهما منسوخة؟ أم هما محكمتان ينبغي أن يعمل بهما؟ قال: قد بين إذ نهى نفسه وولده، قلت: فما منعه أن يبين للناس؟ قال: خشي أن لا يطاع، ولو أن أمير المؤمنين عليه السلام ثبتت قدماء أقام كتاب الله كله والحديث إلى آخره . (منه - رحمه الله -) .

الثاني: ما لو طَلقت الأمة تطليقتين ثم "وطأها المالك فإنها لا تحل" لزوجها إلا بالتزويج ثانياً بشروط التحليل ، وبذلك صرح الأصحاب أيضاً .
وتدل على ذلك رواية الفضيل ^(١) المتقدمة في الشرط الخامس من شروط التحليل .

ونحوها رواية عبد الملك بن أعين ^(٢) قال : سأله عن رجل زوج جاريته رجلاً فمكنت معه ماشاء الله، ثم طلقها فرجعت إلى مولاها فوطأها، أتحل" لزوجها إذ أراد أن يراجعها ؟ فقال : لا ، حتى تنكح زوجاً غيره .
ونحوه مارواه أحمد بن محمد بن عيسى ^(٣) في نوادره عن الحلبي في الصحيح ، وإطلاق الطلاق محمول على المرتين ، لأنه هو الموجب للمحلل كما صرح به رواية الفضيل المذكورة .

الثالث : ما لو اعتقت الأمة بعد الطلاق مرتين أو اعتق زوجها أو هما معاً ، فإن العتق لا يهدم الطلاق ، وكذا لو عتقت بعد تطليقة واحدة ، فإنها تكون عنده على تطليقة أخرى .

ويدل عليه مارواه الشيخ ^(٤) عن رفاعه في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد والأمة يطلقها تطليقتين ثم يعتقان جميعاً ، هل يراجعها ؟ قال : لا ، حتى تنكح زوجاً غيره فتبين منه .

وعن محمد بن مسلم ^(٥) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : المملوك إذا كانت تحته مملوكة فطلقها ثم أعتقها صاحبها كانت عنده على واحدة .

وعن الحلبي ^(٦) في الصحيح قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في العبد تكون تحته

(١) التهذيب ج ٨ ص ٨٧ ح ٢١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٧ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٤ ح ٢٠٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٦ ب ٢٧ ح ١ .

(٣) الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ ب ٢٧ ح ٣ .

(٤) وه ٦١ التهذيب ج ٨ ص ٨٦ و ٨٧ ح ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٧ و ٣٩٨ .

ب ٢٨ ح ١ و ٢ و ٣ .

الأمة فيطلقها تطليقة ثم^١ اعتقا جميعاً ، كانت عنده على تطليقة واحدة .

ورواه الصدوق^(١) بإسناده عن حماد عن الحلبي نحوه .

وعن هشام بن سالم^(٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ذكر أن العبد إذا كان تحت الأمة فطلقها تطليقة فاعتقا جميعاً كانت عنده على تطليقة واحدة .

وما ذكرنا من الحكم المذكور هو المشهور . ونقل عن ابن الجنيدي أنه ذهب إلى أن الأمة إذا اعتقت قبل وقوع الطلاق الثاني بها انتقل حكم طلاقها إلى حال الحرائر ، فلا تحرم إلا بالثالثة .

وأبده في المسالك بما وقع لهم في نظير هذه المسألة فيما ذكرناه في نكاح المشركات إذا أسلم العبد وعنده أربع وأعتق ، وكذا في باب القسم بين الزوجات إذا اعتقت الأمة في أثناء القسم ، وملخص ذلك أنه متى كان العتق قبل استيفاء حق العبودية فإنه يلحق بالأحرار في الحكم ، والمسائل الثلاث مشتركة في ذلك ، فينتج ما ذكره ابن الجنيدي بناءً على ذلك .

إلا أن فيه (أولاً) أن ما ذكرناه من الأخبار المتكاثرة في هذه المسألة صريحة في رد هذا القول ودفعه .

(وثانياً) أن ما ذكرناه في المسألتين المذكورتين ليس إلا مجرد تخريجات قد بنوا اختلافهم عليها في ذينك الموضوعين ، ولهذا إذا لم تعرض لذكر هاتين المسألتين فيما سلف لعدم النص مع كثرة الاختلاف والتخريجات المتدافعة . وبالجمله فالمعتمد هنا هو القول المشهور ، وهو المؤيد بالأخبار والمنصور .

الرابعة : المعروف من كلام الأصحاب وقوع التحليل من الخصي إذا وطأ بالشرائط المتقدمة . لأن التحليل معتبر فيه ما يعتبر في الجماع الموجب للغسل من إيلاج الحشفة أو قدرها من مقطوعها ، والخصاء غير مانع من ذلك ، فإن غاية ما يترتب عليه هو عدم

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٨٦ ح ٢١٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٨ ب ٢٨ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير .

الاتزال خاصة، حتى أن الشيخ أنكر كونه عيباً محتجاً بأن "الخصي يولج ويبالغ أكثر من الفعل وإتما لا ينزل، وعدم الاتزال ليس بعيب، وقد تقدم الكلام معه في ذلك. وبالجمله فالظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في الحكم المذكور، إلا أنه قد روى الشيخ ^(١) في الصحيح عن صفوان عن محمد بن مضارب وهو مجهول في الرجال إلا أنه يفهم من بعض الأخبار ^(٢) ما يؤذن بمدحه قال: سألت الرضا ^(عليه السلام) عن "الخصي" يحلل؟ قال: لا يحلل، وردها المتأخرون بضعف الراوي، ويمكن حملها على خصي لا يحصل منه الجماع على الوجه المعتبر، وإلى العمل بالخبر المذكور مال في المسائل فقال: باب أن الخصي لا يحلل المطلقة ثلاثاً، ثم أورد الخبر المذكور، وأردفه بخبر آخر رواه الشيخ أيضاً عن صفوان عن محمد بن مضارب مثله إلا أن فيه دحلاً ولا يحل، ولا يخفى ما فيه من الاشكال كما عرفت.

الخامسة: إذا ارتد المحلل بعد التزويج بها، فإن كان بعد وطئها في القبل فلا إشكال في حصول التحليل حينئذ، وإن كان قبله لم يحصل التحليل بالوطء في العدة، لأنه بارتداده قد انفسخ العقد، وإن بقي أثره بعوده إليها لو راجع في العدة بالعقد السابق، ويتصور ثبوت العدة مع عدم الدخول قبلاً، بأن يكون قد وطأها في الدبر فإنه لا يكفي في التحليل كما تقدم، ويوجب العدة عند الأصحاب، وكذا لو خلا بها عند جمع منهم، فإنها لا توجب التحليل وتوجب العدة. وألحق ابن الجنييد بالخلوة التذاذه بما ينزل به الماء.

أما لو لم يحصل منه ما يوجب العدة من هذه الامور المذكورة قبل الارتداد فإنها تبين منه، ويصير في حكم الأجنبية لا أثر لوطئه بالكيفية لانفساخ العقد بالردة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٣٤ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦٩ ب ١٠ ح ١ و ٢.

(٢) وهو ما رواه الشيخ [التهذيب ج ٧ ص ٢٤٢ ح ٧] عنه قال: وقال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجارية تخلمك وتصيب منه، فإذا خرجت فاردها إلينا، قال شيخنا الشهيد الثاني في حواشيه على الخلاصة: وفيه تنبيه على حسن حاله، انتهى. (منه - قدس سره -).

وثبوت البيئونة بذلك . و على هذا فهنا أقسام ثلاثة ، ثالثها الوطء في العدة زمان الردة ، وفائدته جواز الرجوع إليها في العدة لو رجع إلى الاسلام . وجملة منهم لم يذكرها إلا القسمين الآخرين ، وهو أنه إن كانت الردة قبل الوطء انفسخ النكاح و صار وطء أجنبي لا يحلل قطعاً و إن كان بعده حلّت بالأول ، و أنت قد عرفت ثبوت قسم ثالث ، ويجري ما ذكر من الحكم في الزوجة أيضاً لو كانت هي المرتدة فوطأها في زمان ردتها ثم رجعت إلى الاسلام .

السادسة: المفهوم من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف قبول قول المرأة في موت الزوج وعدمه ، وطلاقه لها و الخروج من العدة . وعليه تدلّ ظواهر جملة من الأخبار ، و يؤيده أن من القواعد المقررة عندهم قبول قول من لا منازع له وبه تضافرت الأخبار في جزئيات الأحكام كما بسطنا الكلام عليه في كتاب الزكاة^(١) وما نحن فيه من جملة أفرادها .

ومن أخبار القاعدة المذكورة ما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : عشرة كانوا جلوساً وفي وسطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضهم بعضاً : ألستم هذا الكيس ؟ فقالوا كلهم : لا ، وقال واحد منهم : هو لي ، فلمن هو ؟ قال : هو الذي ادعاه .

و يؤيده أيضاً أن الأخبار الواردة بإثبات الدعاوي بالبيئات و الأيمان لا عموم فيها على وجه يشمل ما نحن فيه ، و إنما موردها ما إذا كان النزاع بين خصمين مدعي ومنكر .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لو ادعت المرأة المطلقة ثلاثاً أنها تزوجت وحلّت

(١) الحقائق ج ١٢ ص ١٦٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٢٢ ح ٥ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٨ ص ٢٠٠ ب ١٧

ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

نفسها لزوجها الأول، فالمشهور قبول قولها، وظاهر المحقق في الشرائع والنافع^(١) التوقف في ذلك، وإليه يميل كلام الفاضل الخراساني في كتاب الكفاية، وأنت خير بأن مقتضى القواعد المشار إليها هو قبول قولها.

ومن الأخبار الدالة على ذلك أيضاً ما في رواية ميسر^(٢) وهي صحيحة إليه قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ألقى المرأة في الفلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها: ألك زوج؟ فتقول: لا، فأتزوجها؟ قال: نعم، هي المصدقة على نفسها.

وفي رواية أبان بن تغلب^(٣) قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إني أكون في بعض الطرقات فأرى المرأة الحسنة، ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر قال: ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها في نفسها.

والتقريب فيهما - وإن كان موردهما في الزوج - هو حكمه عليه السلام بأنها المصدقة على نفسها الشامل لما نحن فيه، فإن مقتضاه أن كل ما أخبرت به عن نفسها مما لا يعرف إلا من جهتها فإنها مصدقة فيه.

وبذلك يظهر لك ما في قول صاحب الكفاية - بعد إشارته للخبرين المذكورين - وللتأمل في عموم الروايتين بحيث يشمل محل البحث مجال. فإن ثبوت التعميم بالتقريب الذي ذكرناه مما لا مجال لإنكاره، نعم يتم ما ذكره بالنظر إلى مورد الخبرين إلا أن الاعتبار إنما هو بجوابه عليه السلام الذي هو كالضابطة الكلية في أنها مصدقة على نفسها في كل ما لا يعلم إلا من جهتها.

قال في المسالك في تحليل القول المشهور: ولأنها مؤتمنة في انقضاء العدة

(١) حيث قال في الشرائع: ولو انقضت مدة فادعت أنها تزوجت وفارقها وقضت العدة في تلك المدة قيل: يقبل، لأن في جملة ذلك ما لا يعلم إلا منها، وفي رواية إذا كانت ثقة صدقت. وقال في النافع: ولو ادعت أنها تزوجت ودخل وطلق فالمروي القبول إذا كانت ثقة. والعبارة كما ترى ظاهرتان في ما ذكرناه. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ١ و ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ب ١٠ ح ١.

والوطء مما لا يمكن إقامة البيئته عليه، وربما مات الزوج أو تعذر مصادقته لقبيّة ونحوها، فلو لم يقبل منها ذلك لزم الاضرار بها والخرج المنفيين.

أقول: ويؤيده أيضاً مع دخوله في ضابطة الخبرين المذكورين ما في رواية أحمد بن محمد بن أبي نصر^(١) وغيره قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً، فقال: ما عليه، أرايت لو سألتها البيئته كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج، وهي ظاهرة فيما ذكره شيخنا المذكور.

وتدل على أصل المدعى صحيحة حماد^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأة ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها، فقال لها: إنني أريد مراجعتك، فتزوجي زوجاً غيري، فقالت: قد تزوجت زوجاً غيرك وحللت لك نفسي، أتعصق ويراجعها؟ وكيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها.

قال في المسالك: وكما يقبل قولها في حق المطلق يقبل في حق غيره، فكذا الحكم في كل امرأة كانت مزوجة واخبرت بموته وفراقه وانقضاء العدة في وقت محتمل ولا فرق بين تعيين الزوج وعدمه، ولا بين إمكان استعلامه وعدمه. انتهى، وقد عرفت وجه صحته مما تقدم.

ومما يؤكّد الاعتماد على قولها ما دلّ على كراهة السؤال ولومع التهمة مثل ما رواه في التهذيب^(٣) عن فضيل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: إنني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً، ففتشيت عن ذلك فوجدت لها زوجاً، قال: ولم فتشيت؟.

وعن مهران بن محمد^(٤) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قيل له:

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ١٠ ب ٥ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٣٤ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٠ ب ١١ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٧ و ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٧ ح ١٠ ب ٣ و ٤ وفيهما

اختلاف يسير.

إنّ فلاناً تزوج امرأة متعة فقيل : إنّ لها زوجاً فساءلها ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : لم سألها؟ .

ومارواه في الفقيه^(١) عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام في حديث « قال : قلت له : المرأة تزوجت متعة فينقضي شرطها ويتزوجها رجل وآخر قبل تنقضي عدتها ، قال : وما عليك إنّما إثم ذلك عليها » أقول : المراد أنّها تزوجها الآخر جاهلاً مع علمها هي بذلك .

بقي الكلام فيما دلت عليه صحيحة حماد من اشتراط كون المرأة ثقة في قبول قوله ، مع أنّ ظاهر الأخبار وكلام الأصحاب خلافه ، وحمله جملة من المتأخرين منهم شيخنا في المسالك على أنّ المراد بالثقة من تسكن النفس إلى خبرها ، وإن لم تكن متصلة بالعدالة المشترطة في قبول الشاذة ، وهو جيد .

وكيف كان فهو لا يخلو من منافرة لما دلت عليه الأخبار الأخيرة من كراهة الفحص وإن كان مع التهمة ، ويمكن الجمع بين الأخبار المذكورة بحمل صحيحة حماد على ما هو الأفضل في مقام التهمة من الفحص . والظاهر أنّ ما دلّ عليه الخبر من إخبارها بالتحليل عقيب أمره لها بذلك المشعر برغبتها في الرجوع إلى الزوج كان محلّ التهمة ، فأمر بالتثبت والعمل بقولها بالشرط المذكور ، وحمل الأخبار الأخيرة على الجواز شرعاً ، أو العمل بسعة الشريعة وأثره غير مكلف شرعاً بالفحص ولا يجب عليه ذلك .

فروع

الأول : قال في المسالك : لو عيئت الزوج يعني المحلل فكذبها في أصل النكاح احتمل تصديقها في التحليل - وإن لم يثبت عليه موجب الزوجية لوجود المقتضي لقبول قولها مع تكذيبه ، وهو إمكان صدقها مع تعذر إقامة البيئنة على جميع ما

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٦ ب ١٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

تدعيه ، ومجرد إنكاره لا يمنع صدقها في نفس الأمر - وعدمه نظراً إلى تقديم قوله لأنه منكر واستصحاباً للأصل ، ولا مكان إقامة البيئنة على أصل التزويج . وفيه أنه لا منافاة بين الأمرين ، لأننا لا نقبل قواها إلا في حقها خاصة ، والأصل لو عارض لقدح في أصل دعواها مطلقاً ، انتهى .

أقول : الظاهر من الأخبار المتقدمة هو الثاني ، لأن قبول قولها إنما هو في موضع لا يمكن الاطلاع عليه إلا من جهتها ، فإن دعواها لا معارض له ، والمعارض هنا موجود ، والاطلاع على الحال ممكن من غيرها وهو الزوج ، فإنه بإنكاره تزويجها بالكليّة قد حصلت المعارضة لدعواها التحليل ، والاطلاع على كذب الدعوى المذكورة بالنظر إلى إنكار التزويج ، وقوله "إن" المقتضي لقبول قولها إمكان صدقها ، ليس في محله ، بل المقتضي لذلك إنما انحصار الاطلاع على ذلك الأمر المدعى فيها ، فلا يعلم إلا من جهتها سيما مع تعذر اطلاع الغير عليه بالكليّة ، ولهذا نسب تكليفها باليمين أو البيئنة إلى الحرج والعسر . ودعواها التحليل هنا لما عارضها إنكار الزوج المحلل النكاح من أصله خرجت المسألة عما نحن فيه ورجعت إلى سائر الدعاوي المتضمنة لمدعي ومنكر ، ووجب فيها ما يجب ثمة ، وبعد ثبوت أحد الأمرين يترتب عليه الحكم المناسب للمقام من تحليل وعدمه ، وهكذا ينبغي أن يحقق المقام .

الثاني : إذا اتفق المحلل والمرأة على الإصابة بعد الدخول فلا إشكال في حصول التحليل للزوج الأول ولو كذبها في ذلك ، قال الشيخ في المبسوط : إنه يعمل الزوج الأول على ما يغلب على ظنه في صدقها وصدق المحلل ، لأن الغرض تعذر البيئنة والظن مناط الأحكام الشرعيّة غالباً فيرجع إليه . وقال المحقق بعد نقل قول الشيخ المذكور : ولو قيل : يعمل بقولها على كل حال كان حسناً ، لتعذر إقامة البيئنة بما تدعيه .

قال في المسالك : والأقوى ما اختاره المصنف لما ذكره من تعذر إقامة البيئنة ،

مع أنها تصدق في شرطه وهو انقضاء العدة، فكذا في سببه، ولأنه لولاه لزم الحرج والضرر كما أشرنا إليه سابقاً، وإنما يقبل قولها فيما يتعلق بها من حل النكاح. ونحوه لا في حقه، ولا يلزمه إلا نصف المهر، حتى لو أنكر أصل العقد لم يلزمه المهر وإن قبل قولها في التزويج، انتهى.

أقول - وبالله الثقة لبلوغ كل مأمول - : إن الظاهر أن الكلام في هذه المسألة كما في سابقتها، فإن المسألة - بحصول المعارض والمنازع في صحة ما تدعيه من الوطء الذي يترتب عليه التحليل - قد خرجت عن مدلول الأخبار المتقدمة ورجعت إلى مسائل المدعي والمنكر، فيجب على المدعي إقامة البيئته، ومع تعذرها فاليمين على المنكر، والواجب على الزوج اليمين في عدم الإصابة أو الرد، وكيف كان فإن ثبت ذلك ترتب عليه التحليل، وإلا فلا تحليل.

وبالجملة فإن مناط قبول قولها الذي دلّت عليه الأخبار ليس مجرد تعذر البيئته عليها خاصة، وإلا لا توسع المجال بالنسبة إلى غيرها من أفراد المدعين كما لا يخفى، بل هو ادعاؤها دعوى لا راد لها ولا مقابل فيها وأنه لا يعلم صحتها إلا من جهتها.

ونظير ما ذكره ما لو ادعت المرأة أن لا زوج لها وادعى آخر أنها زوجته، فإن الظاهر أنه لا قائل بجواز تزويجها في هذه الحال بناءً على أنها مصدقة في دعوى عدم الزوج، والحال أن مدعى زوجيتها موجود، وإنما يقبل قولها مع عدم ذلك كما هو ظاهر من الأخبار المتقدمة.

الثالث : لو وطأها المحلل وطئاً محرماً شرعاً كالوطء في الاحرام منه أو منها أو منهما والوطء في الحيض وفي الصوم الواجب ونحو ذلك فهل يحصل به التحليل أم لا ؟ قولان:

(أحدهما) عدم، ذهب إليه الشيخ دا بن الجنيد، واستدل الشيخ بأن التحريم

معلوم، ولا دليل على أن هذا الوطء محلل، ولقول النبي ﷺ «حتى يذوق عسلتها» يدل عليه، لأنه إنما أراد بذلك ذوقاً مباحاً، لأن النبي ﷺ لا يبيح المحرم، وأيضاً فإنه محرم عليه هذا الوطء ومنهيه عنه، والنهي يدل على فساد المنهيه عنه، ولأن الإباحة تعلقت بشرطين بالنكاح والوطء، ثم إن النكاح إذا كان محرماً لا يحل للأول، وكذلك الوطء.

(وثانيهما) ثبوت التحايل بذلك. اختاره العلامة في المختلف وغيره وشيخنا في المسالك، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

قال في المختلف^(٢): لنا قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»^(٣) جعل غاية التحريم نكاح الغير، وقد حصل، ومطلق النكاح أعم من النكاح في وقت يباح فيه أو يحرم، والحكم معلق على المطلق، ولأنه وطء في نكاح صحيح قبلاً، فوجب بأن يحصل به الاحلال كما لو وطأها وقد ضاق عليه وقت الصلاة، ويمنع علم التحريم بعد النكاح الثاني، وإرادة المباح هو المتنازع، وتعليق الرجعة على مطلق النكاح الشامل للمحرم لا يقتضي إباحة المحرم، والنهي إنما يدل على الفساد في العبادات، والفرق بين تحريم النكاح وتحريم الوطء ظاهر للاجماع على اشتراط النكاح الصحيح بخلاف المتنازع، انتهى.

والحق أن المسألة لخلوها من النص غير خالية من شوب الاشكال، إلا أنه يمكن أن يقال: إن الظاهر بالنظر إلى إطلاق الأخبار المتقدمة في شروط التحليل هو القول الثاني، إذ غاية ما يستفاد منها هو التزويج دواماً والدخول بها، وأما أن ذلك الوطء يشترط فيه أن يكون مباحاً - كأن لا يكون زمن الحيض ولا النفاس ولا الإحرام مثلاً - فلا، وورودها في مقام البيان عارية عن اشتراط ذلك ظاهر في

(١) بحار الأنوار ج ١٠٤ ص ١٤١ ح ٢٠ مع اختلاف في اللفظ.

(٢) مختلف الشيعة ج ٢ ص ٥٩٣ وفيه اختلاف يسير.

(٣) سورة البقرة - آية ٢٢٩.

عدم الشرط المذكور ، و الشروط الخمسة المتقدمة حاصلة في صورة هذا الوطء المنهي عنه ، فيحصل به التحليل حينئذٍ .
و بالجملة فإن إطلاق الأخبار المذكورة شامل لهذه الوطء فيحصل به التحليل ، وتقييدها يحتاج إلى دليل وليس فليس .

الفصل الثاني في الرجعة:

والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى «وبعولتهن» أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً،^(١) أي بردهن إلى النكاح، والرجعة فيهن في زمان العدة والتربص إن أرادوا بالرجعة إصلاحاً لما بينهما، ولم يريدوا المضارة لهن .

وقوله تعالى «فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان»^(٢) والامساك بالمعروف الرجعة وحسن المعاشرة ، والتسريح بإحسان التولية الثالثة بعد المراجعة كما في الحديث النبوي ، أو أن لا يراجعهما حتى تخرج من العدة وتبين منه .

وقوله سبحانه «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن»^(٣) أي قاربن بلوغ الأجل «فأمسكوهن بمعروف» أي راجعوهن بقصد المعاشرة بالمعروف والقيام بواجبهن من غير طلب ضرار بالمراجعة، أو «سرحوهن» أي خلوهن حتى تنقضي عدتهن فيكن أملاك بأنفسهن «ولا تمسكوهن ضراراً» أي لا تراجعهن بقصد الأضرار بهن من غير رغبة فيهن .

و روى في الفقيه^(٤) «قال : سئل الصادق عليه السلام عن هذه الآية فقال : الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات، فنهى الله عز وجل عن ذلك» .

و أما الأخبار فهي مستفيضة ، و ستأتي جملة منها في أثناء المباحث الآتية

(١) و ٢ و (٣) سورة البقرة - آية ٢٢٨ و ٢٢٩ و ٢٣١ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٢ ب ٣٤ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

إن شاء الله تعالى .

وأما الإجماع فقد نقله غير واحد، وكيف كان فتفصيل الكلام في هذا الفصل وتحقيق ما اشتمل عليه يقع في مواضع :

الأول: لا خلاف في أن الرجعة تقع بالقول والفعل، والأول إجماعي من الخاصة والعامة، والثاني إجماعي عندنا، ووافقنا عليه بعض العامة، والقول إما صريح في معنى الرجعة كقوله راجعتك وأرتجعتك، وأصرح منه إضافة قوله إلى نكاحي . قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة - بعد أن ذكر هذه الألفاظ الثلاثة وأنها صريحة في الرجعة - ما لفظه: وفي معناه رد دنك و أمسكتك لورودهما في القرآن، قال الله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن » في ذلك، « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان »^(١) ولا يفتقر إلى نية الرجعة لصراحة الألفاظ، وقيل: يفتقر إليها في الأخيرين لاحتمالهما غيرهما^(٢) كالإمساك باليد أو في البيت ونحوه، وهو حسن .

قال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد نقل ذلك عنه: أقول قد بيننا فيما سبق أنه لا بد من القصد إلى مدلول اللفظ الصريح وقصد المعنى المطلوب في غيره، وإثما يفتقران في أن التلفظ بالصريح يحكم عليه بقصد مدلوله من غير احتياج إلى إخباره بذلك، والتلفظ بغيره لا يحكم عليه بقصد المعنى المطلوب منه إلا مع اعترافه بذلك أو وجود القرينة الدالة عليه، فقوله إنه لا يفتقر مع الاتيان براجعتك إلى نية الرجعة لا يخلو من تسامح. انتهى، وهو جيد، لأن الاتيان بالألفاظ في الرجعة أو غيرها مجردة عن نية المعنى المراد منها، وقصد لا يقع إلا من عاين أو سمع أو نائم، وإلا فالعقلاء إنما تورد الألفاظ في كلامهم ومحاوراتهم مقررة بقصد معانيها المرادة منها. نعم، فهم السامع تلك المعاني المرادة قد لا يتوقف على شيء وراء مجرد ذلك اللفظ، وهو الصريح في معناه الذي

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٨ و ٢٢٩ .

(٢) والصحيح «غيرها» .

لا يحتمل غيره ، وقد يتوقف على أمر آخر من ضم " قرينة في الكلام أو اعترافه بذلك ، وهذا يكون في غير الصريح مما يحتمل معنيين أداً أكثر .
وكيف كان فكل " مادل " على قصد الرجل في النكاح من الألفاظ بنفسه أو ضم شيء من خارج فهو مفيد للرجوع بلا خلاف ولا إشكال .

و أما الرجوع بالفعل كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة فهو موضع وفاق ، وربما كان أقوى في الدلالة على الرجعة من التول ، إلا أنه لابد من أن يقصده الرجوع لأنه في حد ذاته أعم من ذلك ، فلا عبرة بما وقع منه سهواً أو بقصد عدم الرجعة أو لا يقصدها فإن ذلك لا يفيد الرجوع ، وإن فعل حراماً في غير صورة السهو والغفلة لانفساخ النكاح بالطلاق وإن كان رجعيّاً ، و لولا ذلك لم تبين بانقضاء العدة ، إلا أنه لا حد عليه وإن كان عالماً بالتحريم لعدم خروجها بعد عن حكم الزوجية رأساً ، فغاية ما يلزم هو التعزير على فعل المحرم إلا مع الجهل بالتحريم .
ومما يدل على وقوع الرجعة بالوطء ما رواه الصدوق ^(١) عن الحسن بن محبوب في الصحيح عن محمد بن القاسم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : من غشى امرأته بعد انقضاء العدة جلد الحد ، وإن غشيتها قبل انقضاء العدة كان غشيانها إباحة رجعة .
و إطلاق الخبر يشمل ما ذكرناه من الصور المستثناة ، إلا أن الظاهر تقييده بما عداها ، فإن الأحكام صحةً وبطلاناً وثواباً وعقاباً دائرة مدار القصور والنيات كما تقدم تحقيقه في بحث النية من كتاب الطهارة ^(٢) .

ومما يقع به الرجعة أيضاً إنكار الطلاق ، قال في شرح النافع : وهذا مذهب الأصحاب لا تعلم فيه مخالفاً .

وقال في المسالك : وظاهرهم الاتفاق على كونه رجوعاً . وعلمه المحقق في الشرائع بأنه يتضمن التمسك بالزوجية ، قال في المسالك : ولأنه أبلغ من

(١) الفقيه ج ٤ ص ١٨ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٨ ص ٤٠٠ ب ٢٩ ح ١ وفيهما « رجعة لها » .

(٢) الحدائق ج ٢ ص ١٧٠ .

الرجعة بألفاظها المشتقة منها وما في معناها لدلالاتها على رفعه في غير الماضي ودلالة الإنكار على رفعه مطلقاً .

أقول: والآولى الرجوع إلى النص^(١) الوارد في المقام، وهو ما رواه ثقة الاسلام في الكافي^(٢) عن أبي ولاد الحنطاط في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن امرأة ادعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً - يعني على طهر من غير جماع - و أشهد بها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك، فقال: إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدة فإن إنكاره للطلاق رجعة لها، وإن أنكر الطلاق بعد انقضاء العدة فإن على الامام أن يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعدما يستحلف أن إنكاره الطلاق بعد انقضاء العدة وهو خاطب من الخطاب، وهي صحيحة صريحة مؤيدة بعمل الأصحاب، فلا مجال للتوقف في الحكم المذكور. وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) «وأدنى المراجعة أن يقبلها أو ينكر الطلاق فيكون إنكار الطلاق مراجعة» .

الثاني: يستحب^(٤) الاشهاد في الرجعة ولا يجب اتفاقاً، وعليه تدل جملة من الأخبار .

منها ما رواه في الكافي^(٥) عن زرارة وعنه بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن الطلاق لا يكون بغير شهود، وإن الرجعة بغير شهود رجعة ولكن يشهد بعد فهو أفضل» .

وعن الحلبي^(٦) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام في الذي يراجع ولم يشهد قال: يشهد أحب إلي، ولا أرى بالذي صنع بأساً» .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٤ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٤٢ ح ٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٢ ب ١٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) فقه الرضا ص ٢٤٢، المستدرک ج ٣ ص ١٤ ب ١٢ ح ١ وفيهما وإنكاره للطلاق».

(٣) الكافي ج ٦ ص ٧٢ و ٧٣ ح ١ و ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧١ ب ١٣ ح ٢ و ٣.

وعن محمد بن مسلم^(١) قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل طلق امرأته واحدة ثم راجعها قبل أن تنقضي عدتها ولم يشهد على رجعتها ، قال : هي امرأته ما لم تنقض عدتها ، وقد كان ينبغي له أن يشهد على رجعتها ، فإن جهل ذلك فليشهد حين علم ، ولا أرى بالذي صنع بأساً ، وأن كثيراً من الناس لو أرادوا البيئنة على نكاحهم اليوم لم يجدوا أحد يثبت على الشهادة على ما كان من أمرهما ، ولا أرى بالذي صنع بأساً ، وإن يشهد فهو أحسن .

وفي صحيحة محمد بن مسلم^(٢) : « وإنا جعل الشهود لمكان الميراث » ، إلى غير ذلك من الأخبار .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) : « فإن أراد مراجعتها راجعها ، وتجاوز المراجعة بغير شهود كما يجوز التزويج ، وإنا نكره المراجعة بغير شهود من جهة الحدود والموارث والسلطان » انتهى .

الثالث : لو طلقها طلاقاً رجعيّاً فارتدت ، فهل يصح مراجعتها في حال الردة؟ المشهور المنع ، فكما أنه لا يصح ابتداء الزوجية فكذا استدامتها ، ويؤيد ذلك أن الرجوع تمسك بعصم الكوافر المنهي عنه في الآية فهي فساد لقوله « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »^(٤) . وعلل أيضاً بأن المقصود من الرجعة الاستباحة ، وهذه الرجعة لا تفيد الاباحة فإنه لا يجوز الاستمتاع بها ولا الخلوة بها ما دامت مرتدة .

وعلل الجواز بأن الرجعية زوجة ، ويؤيده عدم وجوب الحد بوطنها ، ووقوع الظهار واللعان والايلاء بها ، وجواز تفسير الزوج لها وبالعكس فهي بمنزلة الزوجة .

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٣ ح ٤ وه ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧١ و ٣٧٢ ب ١٣ ح ١ و وفيهما اختلاف يسير .

(٢) فقه الرضا ص ٢٤٢ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ١٤ ب ١١ ح ١ .

(٤) سورة الممتحنة - آية ١٠ .

وأنت خير بأن المسألة وإن كانت خالية من النص في هذه الصورة إلا أن مقتضى ما قدمنا نقله عنهم في كتاب النكاح في مسألة ارتداد أحد الزوجين^(١) من أنه متى كانت المرتدة المرأة وكان ذلك قبل الدخول انفسخ العقد بينهما في الحال ، وإن كان بعد الدخول كان الفسخ وعدمه مراعى بانقضاء العدة وعدمه . فإن انقضت العدة ولم ترجع إلى الاسلام فقد بانت منه - هو جريان هذا الحكم فيما نحن فيه، فإنها في العدة : إن كانت زوجته يجوز مراجعتها كما يجوز تزويجها ابتداءً ، إلا أنها بالارتداد قد عرض لها ما يوجب انفساخ الزوجية إما في الحال كما لو لم يكن ثمة دخول، وإما مراعى بانقضاء العدة في صورة الدخول، فالرجوع إليها في حال الارتداد وإن كان في العدة، إلا أن الارتداد قد أوجب فسخ النكاح هنا ، كما أوجه لو لم يكن ذات عدة رجعية بل زوجة أصلية، إلا أنه يمكن أن يقال بصحة الرجعة لاصحة مستقرة، بل مراعاة بعدم انقضاء العدة على الارتداد، بمعنى أنه لو رجعت إلى الاسلام قبل انقضائها استقرت صحة الرجعة، وإلا تبين فسادها ، كما أنها بالارتداد تنفسخ زوجيتها انفساخاً مراعى بانقضاء العدة على الارتداد ، فلورجعت إلى الاسلام قبل انقضائها بقيت على الزوجية السابقة .

الرابع : لو طلق وراجع فأنكرت الدخول بها أولاً وزعمت أن لعدة عليها ولا رجعة فالقول قولها بيمينها ، لأنها تدعي ما يوافق الأصل ، إذ الأصل عدم الدخول ، وحينئذٍ فإذا حلفت بطلت رجعتها التي يدعيها عليها ولا نفقة لها ولا سكنى ولا عدة عليها ، و جاز لها أن تنكح زوجاً غيره في الحال ، وليس له أن ينكح اختها ، ولا أربعاً غيرها لاعترافه بأنها زوجته .

بقي الاشكال في المهر، فإن مقتضى كلام الزوج أن لها المهر كما ذكرنا، ومقتضى كلامها أنه إنما تستحق بالنصف خاصة لدعواها عدم الدخول بها، وحينئذٍ فإن

(١) وهي المسألة الثانية من المطلب السادس في الكفر من الفصل الثاني في أسباب التحريم . (منه - قدس سره) . راجع الحقائق ج ٢٤ ص ٢٥ .

كانت قد قبضت المهر كاملاً فليس للزوج مطالبتها بشيء لاعترافه باستحقاقها إيَّاه. لكن لا يجوز لها التصرف في أزيد من النصف ، ولو لم تقبضه لم يجز لها أن تقبض إلا النصف خاصة .

وكيف كان فينبغي أن يقبض الحاكم النصف الآخر من يدها أو يده ، لأنه مال لا يدعيه أحد ، وحفظ مثل ذلك وظيفة الحاكم الشرعي ، ولا يبعد أن الحكم فيه الصرف في وجوه البر ، وله نظائر عديدة في الأخبار .
ولو انعكس الحكم فادعت المرأة الدخول وأنكر الزوج فالقول قوله يمينه ، وحينئذٍ فإذا حلف فلا رجعة ولا سكنى ولا نفقة لها عليه ، وعليها العدة لادعائها الدخول ، ويرجع بنصف الصداق إن كانت قبضته ، ولو لم تقبضه رجعت عليه بالنصف خاصة .

الخامس : المشهور بين الأصحاب أن رجعة الآخرس بالاشارة المفهمة لها كغيرها من عقود وإيقاعاته ، ونقل عن الصدوقين أنه أخذ القناع من رأسها .
أقول: قال الشيخ علي بن الحسين في رسالته إلى ولده^(١) « إذا أراد أن يطلق امرأته ألقى على رأسها قناعها يربها أنفها قد حرمت عليه ، وإذا أراد مراجعتها كشف القناع عنها يرى أنفها قد حلت » ونحو ذلك في كتاب المقنع لابنه ، وهذا القول قد جعله الشيخ وابن البراءج رواية ، وكذلك المحقق في النافع أسنده إلى الرواية .

قال السيد السند في شرح النافع : و لم نقف عليها في شيء من الأصول .
نعم روى الكليني^(٢) عن السكوني عن الصادق عليه السلام أنه قال : طلاق الآخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعتزلها ، ونسب هذا القول في الشرائع إلى الشاذوذ .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ذيل ح ١ وفيه « يرى أنها قد حرمت عليه » .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٣ وفيه « عن علي بن أبي حمزة » مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠٠ ب ١٩ ح ٣ .

ويقرب في البال أن العبارة المنقولة عن الشيخ علي بن بابويه مأخوذة من كتاب الفقه الرضوي^(١) على النهج الذي قد عرفت في غير موضع، إلا أن كتاب الفقه الرضوي الذي عندي لا يخلو من غلط وسقط في هذا المكان، فإنه عليه السلام طلاق الآخرس في أفراد الطلاق التي ذكرها في أول الباب و في مقام التفصيل، وبيان كل فرد فرد من تلك الأفراد لم يتعرض لطلاق الآخرس بالكليّة، فليلاحظ ذلك من نسخة أخرى.

وكيف كان فينبغي حمل ذلك على ما إذا فهم من ذلك الطلاق و الرجعة، فيرجع إلى ما هو المشهور، لأن ذلك من جملة إشارات المعتمدة في ذلك.

السادس: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا ادعت الزوجة انقضاء العدة بالحيض في زمان يمكن فيه ذلك - وأقله ستة وعشرون يوماً ولحظتان^(٢) كما سيجيء إن شاء الله تعالى - كان قولها مقبولاً في ذلك.

ويدل عليه ما رواه ثقة الاسلام^(٣) في الصحيح أو الحسن عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الحيض و العدة إلى النساء إذا ادعت صدقت.

وما رواه الشيخ^(٤) في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: العدة والحيض إلى النساء.

روى أمين الاسلام الفضل بن الحسن الطبرسي^(٥) عن الصادق عليه السلام في قوله

(١) فقه الرضا ص ٢٤٨.

(٢) وتوضيحه بأن يطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام، ثم تطهر أقل الطهر عشرة، ثم تحيض أيضاً ثلاثة أيام، ثم تطهر عشرة، ثم تدخل في الحيض بلحظة، وبذلك يحصل القدر المذكور وتخرج من العدة. (منه - قدس سره -).

(٣) والكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٦٥ ح ١٧٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٤ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٥) تفسير مجمع البيان ج ٢ ص ٣٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤١ ب ٢٤ ح ٢.

تعالى «ولا يحل» لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنّ ، قال : قد فوض الله إلى النساء ثلاثة أشياء الحيض والطهر والحمل.

وجملة من الأصحاب قد استدلوا بالآية المذكورة بتقريب أنّه لو لا قبول قولهنّ في ذلك لم يؤتمن في الكتمان، وإطلاق النصوص المذكورة يقتضي عدم الفرق بين دعوى المعتاد وغيره .

وأما ما رواه الصدوق في الفقه^(١) رسالاً عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال في امرأة ادعت أنّها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض أنّه يسأل نسوة من بطاقتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادعت؟ فإن شهدت صدقت وإلا فهي كاذبة، فقد حمله الشيخ في كتابي الأخبار على المتهمة جمعاً بين الأخبار ، وهو جيد لما تقدم قريباً من الأخبار المؤيدة لهذه الأخبار الدالة على قبول قولها في أمثال هذه الامور .

وأما ما قرّبه الشهيد في اللمعة^(٢) من أنّه لا يقبل من المرأة دعوى غير المعتاد إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها ، وادعى أن ذلك ظاهر الروايات فلا أعرف له وجهاً، إذ ليس سوى رواية السكوني المذكورة مع معارضتها بما هو أكثر عدداً وأصحّ سنداً وأصرح دلالةً ، فيتعيّن حملها على المتهمة كما ذكره الشيخ. هذا كله فيما إذا لم يكن لها مقابل في دعواها ولا منازع فإنّه يقبل قولها بغير يمين ويجوز لها التزويج، أما لو أنكر الزوج ما ادعته من الخروج من العدة فإنّه يتوجّه عليها اليمين وتخرج المسألة عما نحن فيه كما تقدمت الإشارة إليه.

(١) الفقيه ج ١ ص ١٠٠ ح ٢٠٧ طبع مكتبة الصدوق، التهذيب ج ٨ ص ١٦٦ ح ١٧٥ عن السكوني، الوسائل ج ٢ ص ٥٩٦ ب ٤٧ ح ٣ عن إسماعيل بن أبي زياد، وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) حيث قال في الكتاب المذكور [اللمعة الدمشقية ص ٢٠٩ وشرح اللمعة ج ٢ ص ١٣٥]: وظاهر الروايات أنّه لا يقبل منها غير المعتاد إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها. وهو قريب، انتهى. (منه - قدس سره -).

قال في شرح النافع بعد أن ذكر نحو ذلك : و هو مقطوع به في كلام الأصحاب ، ولو ادعت المرأة انقضاء العدة بالأشهر فالظاهر أنه إن لم يكن لها مقابل ولا راد لدعواها فإنه يقبل قولها عملاً بالأخبار المتقدمة ، وإن أنكر الزوج ذلك فإنه لا يقبل قولها ، والقول قول الزوج يمينه كما ذكره الأصحاب أيضاً .

قال في المسالك : لأن هذا الاختلاف راجع في الحقيقة إلى وقت الطلاق ، والقول قوله فيه كما تقدم قوله في أصله ، ولأنه مع دعوى بقاء العدة يدعي تأخير الطلاق ، والأصل فيه معه لأصالة عدم تقدمه في الوقت الذي تدعيه ، انتهى .

ولو كانت من ذوات الحمل فادعت وضعه قال في المسالك : صدقت أيضاً يمينها مع إمكانه لما تقدم ، ويختلف الامكان بحسب دعواها ، فإن ادعت ولادة ولد تام فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من يوم النكاح ، لحظة لامكان الوطء ولحظة للولادة ، فإن ادعت أقل من ذلك لم تصدق ، وإن ادعت سقطاً مصوراً أو مضغة أو علقه اعتبر إمكانه عادة .

و ربما قيل : إنّه مائة وعشرون يوماً ولحظتان في الأول ، وثمانون يوماً ولحظتان في الثاني ، وأربعون ولحظتان في الثالث ، لقوله ﷺ ^(١) « يجمع أحدكم في بطن أمه أربعون يوماً نطفة ، وأربعون يوماً علقه ، وأربعون يوماً مضغة ، ثم ينفخ فيه الروح » وحيث قدم قولها في ذلك لم تكلف إحضار الولد لعموم الأدلة وجواز موته وتعذر إحضاره ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على أنها مصدقة في العدة هو شمول العدة لجميع أفرادها من كونها بالحيض أو الأشهر أو وضع الحمل ، وحينئذ فلا وجه لاشتراط اليمين هنا في تصديقها دون الفردين المتقدمين ، وطلب اليمين

(١) وقريب منه ما جاء في الوسائل ج ١٩ ص ٢٤٠ ب ١٩ ح ٨ و ٩ ، والبحار عن النبي (ص) ج ٦٠ ص ٣٦٠ ح ٤٩ ، وجاء لفظ الحديث مع اختلاف يسير في صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٦ ص ١٨٩ كتاب القدر ح ١ .

منها إنما هو في مقام ظهور منازع فيما ادعته كما تقدم، سواء كان في هذا الموضوع وغيره، وأما مع عدمه ففضيئة الأخبار المذكورة قبول قولها من غير يمين .

بقي التقييد بإمكانه وهو ممّا لا بأس به ، في هذا الموضوع وما تقدم أيضاً .
وأما ما نقله من الخبر النبوي فيما إذا ادعت سقطاً كاملاً أو مضغة أو علقه ،
وأن الخبر المذكور دليل للقول الذي نقله فيه أن الظاهر أن الخبر المذكور
ليس من طريقنا لعدم وجوده في أخبارنا ، إلا أن نظيره ممّا ورد بمعناه قد ورد
في الأخبار عنهم عليه السلام ، والظاهر أنه لم يخطر بباله يومئذٍ وإلا لنقله واستدل
به ، بل رجّح هذا القول على ما ذكره أولاً لدالتها عليه .

فمن الأخبار الدالة على ذلك ما رواه في الكافي ^(١) في الموثق عن الحسن بن
الجهم قال: سمعت أبا الحسن الرضا عليه السلام يقول : قال أبو جعفر عليه السلام : إن النطفة
تكون في الرحم أربعين يوماً ، ثم تصير علقه أربعين يوماً ، ثم تصير مضغة أربعين يوماً ،
فإذا كمل أربعة أشهر بعث الله ملكين خلّاقين ، الخبر .

و عن زرارة ^(٢) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في حديث طويل قال فيه :
«فتصل النطفة إلى الرحم فتردد فيه أربعين يوماً ، ثم تصير مضغة أربعين يوماً ، الحديث .
وفي رواية محمد بن إسماعيل ^(٣) أو غيره عن أبي جعفر عليه السلام قال فيها «فإنه
أربعين ليلة نطفة وأربعين ليلة علقه وأربعين ليلة مضغة ، فذلك تمام أربعة أشهر ، ثم
يبعث الله ملكين خلّاقين ، الخبر .

وبذلك يظهر لك رجحان القول المذكور لدلالة هذه الأخبار الصحيحة الصريحة
عليه دون ما ذكره أولاً .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٣ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٣ ح ٤ وفيه «فتردد فيه أربعين يوماً ثم تصير علقه أربعين يوماً ثم
تصير...» .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦ ح ٦ .

فرع

قالوا : إذا ادعت الحمل فأنكر الزوج وأحضرت ولداً فأنكر ولادتها له
فالقول قوله لا مكان لإقامة البيّنة بالولادة .

أقول : الفرق بين هذا الحكم وما تقدم من تقديم قولها في الوضع هو الاتفاق
نمة على الحمل وأنه من الزوج . وإنما الاختلاف في الولادة ، ولا ريب أن المرجع
إليها في ذلك للآية والرواية .

وأما هنا فإن الزوج ينكر الحمل فضلاً عن وضعه ، فالقول قوله يمينه
لأصالة عدم الحمل ، ولا فرق بين أن تحضر ولداً أو تدعي ولادته ، فلا يلحق به
بمجرد دعواها لجواز التقاطها له ، وإنما يلزمه الاعتراف بما علم ولادته على
فراشه لا ما تدعي المرأة ولادته كذلك ، وحينئذ فلا يحكم بانقضاء العدة بذلك بل
يقتصر إلى مضي عدة بالأقراء أو الأشهر فيرجع إليها فيها وإن كذبت في الآخر .
السابع : لو ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أو بعد أن تزوجت أنه قد رجع
فيها في العدة ، قال في المسالك : نظر ، فإن أقام الأول عليها بيّنة فهي زوجته سواء
دخل بها الثاني أو لم يدخل ، ويجب لها مهر المثل على الثاني إن دخل بها ، وإن
لم يكن بيّنة وأراد التحليف سمعت دعواه على كل منهما . ثم ساق الكلام في
صورة الدعوى على الزوجة وما في المسألة من الشقوق وصورة الدعوى على الزوج
الثاني وما يترتب على ذلك .

قال شيخنا المحمّد بن الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحراني في أجوبة المسائل
الحسنية : إذا طلقها ورجع وأشهد على الرجعة وأقام بيّنة شرعية بذلك حكم
له بها وإن تزوجت عند الأصحاب كما يستفاد من كلامهم ، وممن صرح بذلك
شيخنا الشهيد الثاني - ثم قال بعد نقل كلام شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله عليه
بتمامه - ما لفظه : وفي الكل إشكال لعدم الظفر بنص في ذلك كله إلا أن أصل

المسألة ليس بموضع إشكال عندهم كما يعرف من كلامهم ، وإن كان عندي أيضاً فيها توقف، وهذه هي المسألة التي وقع النزاع فيها بين الشيخ الثقة الجليل زين الدين علي بن سليمان القديمي البحراني و الشيخ أحمد ابن الشيخ محمد بن علي بن يوسف بن سعيد المشاعي الاصبعي، وقد حكم الشيخ أحمد بقبول الدعوى مع قبول البيئنة ، وألحقها بالأول ومنع الثاني ، وخالفه الشيخ علي وحكم بها للثاني ولم يسمع دعوى الأول احتجاجاً بأن الرجوع لابد فيه من الاعلام في العدة، والنكاح قد وقع صحيحاً مطابقاً للشرع ، فلا يكفي الرجوع الذي لم يحصل العلم به إلا بعد التزويج ، واستقنيا فيها فقهاء العصر و كتبها فيها إلى سائر البلدان كثير از واصفهان، فصححوا كلام الشيخ أحمد وخطأوا الشيخ علياً، والحق أن هذا هو ظاهر كلام الأصحاب لأنهم لم يشترطوا في صحة الرجوع الاعلام ، و ليس هو من باب عزل الوكيل - كما يجيء بيانه - وإن كان لي فيها تأمل لعدم النص الصريح في المسألة، انتهى كلامه .

أقول : لا ريب أن ظاهر كلمة الأصحاب الاتفاق على القول بأنه يملك رجعتها متى رجع في العدة وإن لم يبلغها الخبر، وأنه بالاشهاد على الرجعة يسترد نكاحها لو نكحت غيره مع عدم بلوغها الخبر .

قال في المسالك: الرابع: أن يقع النزاع بعد ما نكحت، ثم جاء الأول فادعى الرجعة سواء كان عذرهما في النكاح لجهلها بالرجعة أم نسبتها إلى الخيانة والتلبس نظر ، فإن أقام عليها بيئنة... إلى آخر ما تقدم .

وقال العلامة في القواعد ولا يشترط علم الزوجة في الرجعة ولا رضاها ، فلو لم تعلم وتزوجت ردت إليه، وإن دخل الثاني بعد العدة ولا يكون الثاني أحق بها. انتهى، و عبارته وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى ثبوت الرجعة وعدمه إلا أن مراده بعد الثبوت بالشهادتين صرح به قبيل هذا الكلام من قوله «ويستحب» الاشهاد، وليس شرطاً، لكن لو ادعى بعد العدة وقوعها فيها لم تقبل دعواها إلا بالبيئنة .

وقال في التحرير : ولا يشترط في صحة الرجعة إعلام الزوجة ولا الشهادة بها ، فلو راجعها بشهادة اثنين و هو غائب في العدة صححت الرجعة ، فإن تزوجت حينئذ كان فاسداً سواء دخل الثاني أو لا ، ولا مهر على الثاني مع عدم الدخول ولا عدة ، ومع الدخول المهر والعدة ، وترجع إلى الأول بعدها . إلى غير ذلك من عباراتهم التي يقف عليها المتنبع .

و العجب من شيخنا المحدث الصالح المتقدم ذكره في إنكار النصوص على ما ذهب إليه الأصحاب لعدم اطلاعه عليها في هذا الباب مع أنها موجودة مكشوفة الفناع واجبة الاتباع ، وكذا ظاهر ما نقله عن الشيخين الجليلين في القضية التي نقلها والاستفتاء في المسألة إلى البلدان ، مع أن أخبارها واضحة البيان فيما ذكره علماءنا الأعلام .

والذي وقفت عليه من ذلك ما رواه في الكافي ^(١) بسند صحيح إلى المرزبان فقال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل قال لامرأته : اعتدي فقد خليت سبيلك ، ثم أشهد على رجعتها بعد أيام ثم غاب عنها قبل أن يجامعها حتى مضت لذلك شهر بعد العدة أو أكثر ، فكيف تأمره ؟ فقال : إذا أشهد على رجعة فهي زوجته .

أقول : ظاهر هذه الرواية كما ترى واضحة الدلالة على أنه بمجرد الاشهاد على الرجعة في العدة تثبت الزوجية كما هو المشهور ببلغها الخبر أو لم يبلغها ، تزوجت بعد العدة لعدم بلوغ الخبر أو لم تتزوج ، و ليس في سند هذا الخبر من ربما يتوقف في شأنه سوى المرزبان ، و هو ابن عمران بن عبدالله ، وقد ذكر النجاشي ^(٢) أن له كتاباً و هو مؤذن بكونه من أصحاب الاصول ، وروى الكشي ^(٣) حديثاً يشعر بحسن

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٤٣ ح ٤٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٣ ب ١٥

ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) رجال النجاشي ص ٤٢٣ تحت رقم ١١٣٤ طبع مؤسسة النشر الإسلامي - قم .

(٣) رجال الكشي ص ٤٢٦ تحت رقم ٣٦٦ .

حاله ، ولهذا عدّ شيخنا المجلسي في الوجيزة حديثه في الحسن .
وما رواه في الكافي^(١) عن الحسن بن صالح قال : سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن رجل طلق امرأته وهو غائب في بلدة أخرى وأشهد على طلاقها رجلين ثم إنه راجعها قبل انقضاء العدة وقد تزوجت، فأرسل إليها : إنني كنت قد راجعتك قبل انقضاء العدة ولم أشهد، قال : لا سبيل له عليها، لأنه قد أقرّ بالطلاق وادعى الرجعة بغير يئنة فلا سبيل له عليها ، ولذلك ينبغي لمن طلق أن يشهد ، ومن راجع أن يشهد على الرجعة كما أشهد على الطلاق، وإن كان قد أدر كها قبل أن تزوج كان خاطباً من الخطأب .

والتقريب فيها أن قوله « وادعى الرجعة بغير يئنة فلا سبيل له عليها » يدل بمفهومه على أنه لو كان له يئنة على الرجعة كان له سبيل عليها مؤكداً ذلك بالأمر لمن راجع أن يشهد على الرجعة كما يشهد على الطلاق حتى يثبت الزوجية في الأول كما ينبغي في الثاني .

وما رواه الشيخ^(٢) عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي عليه السلام « في رجل أظهر طلاق امرأته وأشهد عليه وأسر رجعتها ثم خرج ، فلم تراجع وجدها فدتزوجت، قال : لا حق له عليها من أجل أنه أسر رجعتها وأظهر طلاقها » والتقريب فيه كما في سابقه .

ويؤيد ذلك أيضاً إطلاق جملة من الأخبار مثل قول أبي جعفر عليه السلام في صحبة زارة ومحمد بن مسلم^(٣) « وأن الرجعة بغير شهود رجعة ، ولكن ليشهد بعد فهو أفضل » وقوله عليه السلام أيضاً في حديث آخر لمحمد بن مسلم^(٤) « وإن أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضي أقرأها » وفي ثالث لمحمد بن مسلم^(٥) أيضاً

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٣ ب ١٥ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٤٤ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٤ ب ١٥ ح ٥ وفيهما وعن آباءه عن علي .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٤٢ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧١ ب ١٣ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٦٤ ح ٧٣ و ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧١ ب ١٣ ح ٤ و ٦ .

ج ٢٥ في نقد المصنف لما ذهب إليه الشيخ علي بن سليمان في هذا المقام ٣٧١

عنه عليه السلام وقد سئل عن رجل طلق امرأته واحدة ثم راجعها قبل أن تنقضي عدتها ولم يشهد على رجعتها ، قال : هي امرأته ما لم تنقض العدة ، وقد كان ينبغي له أن يشهد على رجعتها فإن جهل ذلك فليشهد حين علم ، ولا يرى بالذي صنع بأساً ، الحديث .

إلى غير ذلك مما هو على هذا المنوال، فهي كما ترى شاملة بإطلاقها لما لو علمت المرأة أو لم تعلم ، تزوجت أو لم تزوج ، فإنها بمجرد الرجعة في العدة تكون زوجته شرعاً واقعاً وإثماً الاشهاد على ذلك لدفع النزاع وثبوت الزوجية في الظاهر، فلو فرضت أن الزوجة صدقته وواقفته على دعواه قبل التزويج بغيره صح نكاحه لها، فتوقف شيخنا المحدث الصالح - رحمه الله عليه - في المسألة لعدم النص عجيب ، وأعجب منه حكم شيخنا قدوة المحدثين ورئيس المحققين الشيخ علي بن سليمان المتقدم ذكره بعدم صحة الرجعة لعدم بلوغ الخبر لها في العدة لما ذكره من التعليل في مقابلة الأخبار المذكورة ، وإن أمكن أن يقال : إنه لا ريب أن ما ذكره من التعليل المذكور قوي متين لأن الأحكام الشرعية لم تبني على ما في نفس الأمر والواقع ، والنكاح الذي وقع أخيراً وقع صحيحاً بحسب ظاهر الشرع ، وإبطاله بمخالفة ما في نفس الأمر مشكل لما ذكرناه ، إلا أنه لما دلت الأخبار المذكورة على خلافه وجب الخروج عنه .

ولكن يؤيد ما ذكره شيخنا المذكور بل يدل على ذلك صريحاً ما رواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن الذي لا يقصر عن الصحيح إبراهيم بن هاشم عن محمد بن فیس عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال في رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ، ثم أشهد على رجعتها سراً منها واستكتم الشهود فلم تعلم المرأة بالرجعة حتى انقضت عدتها ، قال : تخير المرأة ، فإن شاءت زوجها وإن شاءت غير ذلك ، وإن تزوجت قبل أن تعلم بالرجعة التي أشهد عليها زوجها فليس للذي طلقها عليها

(١) الكافي ج ٦ ص ٧٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٧٣ ب ١٥ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

سبيل ، وزوجها الأخير "أحق" بها ، .

وهي كما ترى صريحة فيما ذهب إليه شيخنا الشيخ علي المذكور، ولعل اعتماداً فيما ذهب إليه إنما كان على هذه الرواية سيما مع صحتها وصراحتها وضعف ما يقابلها وإن لم ينقل ذلك عنه في الحكاية المتقدمة، فإن الشيخ المذكور في الاطلاع على الأخبار وما اشتملت عليه من الأسرار كان ممن لا ثاني له، ولهذا اشتهر في بلاد المعجم تسميته بـ "الحديث في وقته" ، وبذلك يظهر لك بقاء المسألة في قالب الاشكال .

وفي بعض الحواشي المنسوبة إلى شيخنا المجلسي المولى محمد باقر على هذا الخبر ما صورته : ظاهره اشتراط علم الزوجة في تحقق الرجعة، ولم أر به قائلًا ويمكن حمله على ما إذا لم يثبت بالشهود ، وهو بعيد ، انتهى .

وأصحابنا لم يتعرضوا للكلام في هذه الأخبار ، أما في كتب الاستدلال كالمسالك ونحوه فإنهم لم يتعرضوا لنقل شيء من الروايات بالكليّة وإنما ذكروا الحكم المذكور مسلماً بينهم من غير استدلال، كأنه من قبيل المجمع عليه بينهم ، وفي كتب الأخبار لم يتعرضوا لهذا الاختلاف الظاهر بين روايات المسألة ، وربما أشعر سكوتهم عن ذلك بأن الحكم المذكور اتفاقاً "نصاً وفتوى" ، والحال كما عرفت، فإنه وإن كان ظاهر الفتوى ذلك إلا أن النصوص كما رأيت ظاهرة للاختلاف، والصحيحة المذكورة صريحة الدلالة في المخالفة لما تقدمها من الأخبار، ولا يحضرنى الآن مذهب العامة في هذه المسألة ، فلعل "الصحيحة المذكورة من حيث الاتفاق على خلاف ما دلّت عليه إنما خرجت مخرج النقيّة .

وفي كتاب سليم بن قيس ^(١) وهو أحد الاصول المشهورة والكتب المأثورة المعتمد عليها عند محققي أصحابنا كما صرح به شيخنا المجلسي - رحمه الله - في

(١) سليم بن قيس الكوفي طبع دار الكتب الإسلامية ص ١٣٩ ، البحار ج ١٠٤ ص ١٥٨ ح ٨١ وفيهما «أبا كنف» مع اختلاف يسير.

كتاب البحار في رواية له عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، قال رضي الله عنه :
وأعجب من ذلك أن أبا كيف العبدى أنه فقال : إنني طلق امرأتي وأنا غائب فوصل
إليها الدارق ، ثم راجعتها وهي في عدتها ، وكتبت إليها فلم يصل الكتاب حتى
تزوجت ، فكتب إليه : إن كان هذا الذي تزوجها دخل بها فهي امرأته ، وإن كان
لم يدخل بها فهي امرأتك ، وكتب له ذلك وأنا شاهد ولم يشاورني ولم يسألني
ويرى استغناءه بعلمه عني ، فأردت أن أنهاء ، ثم قلت : ما أبالي أن يفضحه الله ،
ثم لم تبعه الناس بل استحسوه واتخذوه سنة وقبلوه ورأوه صواباً وذلك قضاء
لا يقضي به مجنون ، الحديث وهو كما ترى غير خالٍ من شوب الاشكال لما
تضمنه من الاجمال ، ووجه البطالان في قضائه الذي نفاه عليه أن هذا التفصيل لا وجه
له ، لأن جواز الدخول وعدمه تابع لصحة التزويج وعدمها وفرع عليها ، فإن كان
التزويج صحيحاً فلا معنى لكونها زوجة الأول مع عدم الدخول ، وإن كان باطلاً
فلا وجه لكونها زوجة الثاني مع الدخول لما عرفت من التبعيّة والفروعيّة ، وجهل
الرجل المذكور أكثر من تحويده^(١) السطور أو يقوم به مداد البحور ، واعترافه في
غير مقام غير منكور ، والله العالم .

بقي الكلام فيما لم يكن ثمة بيّنة ، وقد فصل الكلام في ذلك شيخنا في
المسالك بما لم يسلكه قبله سالك ، قال - رحمه الله - : وإن لم يكن بيّنة وأراد
التحليف سمعت دعواه على كل منهما ، فإن ادعى عليها فأقرت له بالرجعة لم يقبل
إقرارها على الثاني ، وفي غرمها للأول مهر المثل لتفويت البضع عليه قولان ، تقدم
البحث فيهما في النكاح ، وإن أنكرت فهل تحلف ؟ فيه وجهان مبنيان على أنها
هل تقرم له لو أقرت أم لا ؟ فإن لم تقل بالقرم فلا وجه لتحليفه ، لأن الغرض
منه الحمل على الاقرار ولا فائدة فيه ، فإن قلنا بالتحليف فحلقت سقط دعوى
الزوج ، وإن نكلت حلف وغرمها مهر المثل ولا يحكم ببطالان النكاح الثاني ، وإن

(١) هكذا ، والصحيح «من أن تحويه» .

جعلنا اليمين المردودة كالبيّنة لأنها إنما يكون كذلك في حق المتداعين خاصة. وربما احتتم بطلان النكاح على هذا التقدير لذلك ، وهو ضعيف ، فإذا انقطعت الخصومة معها بقيت على الزوج الثاني ، ثم إن أنكر صدق يمينه ، لأن العدة قد انقضت والنكاح وقع صحيحاً في الظاهر ، والأصل عدم الرجعة ، وإن نكل ردت اليمين على المدعي ، فإن حلف حكم بارتفاع النكاح الثاني ، ولا تصير المرأة للأول يمينه.

ثم إن قلنا : إن اليمين المردودة كالبيّنة ، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح فلا شيء لها عليه إلا مهر المثل مع الدخول ، وإن قلنا إنها كالأقرار ، وإقراره عليها غير مقبول ، ولها كمال المسمى إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن كان قبل ، والأقوى ثبوت المسمى كمالاً مطلقاً ، وإن جعلناها كالبيّنة لما ذكرناه من أنها إنما يكون كالبيّنة في حق المتنازعين خاصة ، وإذا انقطعت الخصومة بينهما فله الدعوى على المرأة إن لم يكن سبق بها ، ثم ينظر إن بقي النكاح الثاني ، فإن حلف فالحكم كما ذكرنا إذا بدأ بها ، وإن لم يبق بأن أقر الثاني للأول بالرجعة أو نكل فحلف الأول فإن أقرت المرأة سلّمت إليه ، وإلا فهي المصدقة باليمين ، فإن نكلت وحلف المدعي سلّمت إليه ، ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول ، وإلا فلا شيء عليه كما لو أقرت بالرجعة ، وكل موضع قلنا لا نسلم المرأة إلى الأول لحق الثاني ، وذلك عند إقرارها أو نكلها أو يمين الأول ، فإذا زال حق الثاني بموت أو غيره سلّمت إلى الأول ، كما لو أقر بحريّة عبد في يد غيره ثم اشتراه فإنه يحكم عليه بحريّته ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن جملة من هذه الأحكام يمكن استنباطه من الرجوع إلى القواعد المقررة والضوابط المشتهرة ، وجملة منها لا تغلو من الأشكال لما عرفت من تعدد الاحتمالات ، والاحتياط في أمثال ذلك مطلوب على كل حال .

تذنيب

إذا ادعى أنه راجع زوجته الأمة في العدة فصدقة وأنكر المولى وادعى خروجها قبل الرجعة فلا خلاف في أن القول قول الزوج، إنما الخلاف في أنه هل يقبل قوله من غير يمين أم لا بد من اليمين؟

المنقول من الشيخ الأول، استناداً إلى أن الرجعة تفيد استباحة البضع، وهو حق يتعلق بالزوجين فقط، فمع مصادقة الزوجة على صحة الرجعة ووقوعها شرعاً لا يلتفت إلى رضا المولى، ولا موجب لليمين على الزوج، لأن اليمين إن كانت للمرأة فهي قد صدقته فلا يمين في البين، وإن كان للمولى فقد عرفت أن رضا غير معتبر.

وتردد المحقق في ذلك ووجهه الشارح في المسالك بأن حق المولى إنما يسقط زمن الزوجية لا مع زوالها، وهو الآن يدعي عود حقه والزوج ينكره فيتوجه اليمين، قال: وبهذا يظهر منع تعلق الحق بالزوجين فقط، فإن ذلك إنما هو في زمن الزوجية، إذ قبلها الحق منحصر في المولى وكذا بعدها، والنزاع هنا في ذلك، فالقول باليمين أجود بل يحتمل تقديم قول المولى لقيامه في ذلك مقام الزوجة، وقولها مقدم على الوجه المتقدم، فلا أقل من اليمين على الزوج، انتهى. أقول: والحكم لكونه خالياً من النص موضع توقف وإشكال، كما عرفت في أمثاله الجارية على هذا المنوال، والاعتماد على هذه التعليقات العلية مجازفة في أحكام الملك المتعال.

الحاق فيه اشفاق

قد جرت عادة مجلة من الأصحاب بذكر الحيل الشرعية في هذا المقام، قال المحقق في الشرائع: يجوز التوصل بالحيل الشرعية المباحة دون المحرمة في إسقاط ما لولا الحيلة لثبت، ولو توصل بالمحرمة أثم ونمت الحيلة.

قال شيخنا في المسالك بعد ذكر ذلك: هذا باب واسع في جميع أبواب الفقه، والغرض منه التوصل إلى تحصيل أسباب تترتب عليها أحكام شرعية، وذلك الأسباب قد تكون محللة وقد تكون محرمة، والغرض من تعليم الفقيه الأسباب المباحة، فأما المحرمة فيذكرونها بالفرض ليعلم حكمها على تقدير وقوعها، انتهى. أقول: لا ريب أن جملة من الحيل المشار إليها قد دلت عليها الأخبار بالخصوص، وجملة منها وإن لم تدل عليه النصوص إلا أنها موافقة لمقتضى القواعد المتفق عليها بينهم.

(ومنها) ما هو باطل، وإن توهم كونه حيلة شرعية موجبة لتحليل ما أريد منها كما سيظهر لك إن شاء الله، إلا أن العمل على ما لم يوجد فيه نص بالخصوص على الإطلاق لا يخلو من إشكال لما يظهر مما حكاه الله تعالى في كتابه عن اليهود في قضية الاصطياد الذي نهوا عنه يوم السبت، وأنه عز وجل مسخهم قرده بما عملوه من الحيلة في ذلك.

ففي تفسير الإمام العسكري عليه السلام ^(١) عند قوله تعالى في سورة البقرة ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت فقلنا لهم كونوا قردة خاسئين ^(٢) قال: وقال علي بن الحسين عليه السلام: كان هؤلاء قوماً يسكنون على شاطئ بحر فنهاهم الله وأنبأهم عن اصطياد السمك في يوم السبت، فتوصلوا إلى حيلة ليحلوا بها لأنفسهم ما حرم الله، فخذوا أخاديد وعملوا طرقاً تؤدي إلى حياض ينتهي للحيثان الدخول فيهما من تلك الطرق، ولا ينتهي لها الخروج إذا هممت بالرجوع، فجاءت الحيثان يوم السبت جارية على أمان لها فدخلت الأخاديد وحصلت في الحياض والغدران، فلما كانت عشية اليوم هممت بالرجوع منها إلى اللجج لتأمن من صائدها فرامت الرجوع فلم تقدر، وبقيت ليلتها في مكان ينتهي أخذها بلا اصطياد لاسترسالها

(١) تفسير الإمام الحسن العسكري (ع) ص ١٣٦ مع اختلاف يسير.

(٢) سورة البقرة - آية ٦٥.

فيه وعجزها عن الامتناع لمنع المكان لها ، وكانوا يأخذون يوم الأحد ويقولون :
ما اصطدنا في السبت وإنما اصطدنا في الأحد، وكذب أعداء الله بل كانوا آخذين
بها بأخايدهم التي عملوها يوم السبت حتى كثر من ذلك ما لهم، الحديث .
ويظهر من المحقق الأردبيلي - رحمه الله عليه - التوقف في استعمال هذه
الحيل ، ولو كانت بحسب الظاهر جارية على نهج القوانين الشرعية ، ذكر ذلك
في غير موضع من شرحه على كتاب الارشاد ، منها في باب الربا حيث قال - في
تمثيل المصنّف بقوله : مثل إن أراد بيع قفيز حنطة بقفيز^(١) من شعير أو الجيد
بالردين و غير ذلك - ما لفظه : يبيع المساوي بالمساوي قدرأ ويستوهب الزائد ،
و هو ظاهر لو حصل القصد في البيع و الهبة ، وينبغي الاجتناب عن الحيل مهما
أمكن، وإذا اضطرر يستعمل ما ينجيه عند الله، ولا ينظر إلى الحيل بصورة جوازها
ظاهرأ، لما عرف من علّة تحريم الربا، وكأنه إلى ذلك أشار في التذكرة بقوله:
لو دعت الضرورة إلى بيع الربويّات مستفضلاً مع اتحاد الجنس... إلخ ، انتهى
كلامه رحمه الله عليه .

ومحصله: أن الفقهاء قد ذكروا جملة من الحيل الموجهة للخروج من الربا
كما قدمنا ذكره في كتاب البيع، ومنها ما ذكرهنا، وهو أن يبيعه المساوي ويهب
له الزائد ، وظاهر المحقق المذکور التوقف في ذلك من حيث عدم القصد إلى
الهبة، وإنما الغرض منها التوصل إلى تحليل ما حرم الله تعالى بالحيل إلا ما ورد به النص
وإلا فما ذكره من أن القصد لم يكن للهبة من حيث هي وإنما القصد إلى تحليل
الربا يمكن خدشه بأنه لا تشترط قصد جميع الغايات المترتبة على ذلك العقد ،
بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته كما صرح به شيخنا في المسالك و تبعه من
تأخّر عنه في ذلك حيث قال ونعم ما قال :

و لا يقدر في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات ، والعقود تابعة

(١) في شرح الإرشاد «بقفيزين».

للقصود، لأن قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكورة وذلك كافٍ في القصد، إذ لا يشترط في القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه، بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته فإن من أراد شراء دار مثلاً ليؤاجرها ويكتسب بها فإن ذلك كافٍ في الصحة، وإن كان لشراء الدار غايات أخرى أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلاء، وكذا القول في غير ذلك من أفراد العقود، وقد ورد في أخبار كثيرة يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك، انتهى.

و الواجب هنا ذكر جملة مما خطر بالبال من الأنواع التي توصل إلى تحليلها بالاحتياط والتمييز بين صحيحها وفاسدها زيادة على ما تقدم سيّما في باب الربا من كتاب البيع وكتاب الشفعة.

(ومنها) ما اشتهر في هذه الأوقات من أنه إذا كان في ذمة الرجل ألف درهم من وجه الخمس أو الزكاة فإنه يبيع سلعة قيمتها مائة درهم على فقير بألف درهم ثم يحتسب عليه الثمن بما في ذمته من وجه الخمس أو الزكاة، وهذا البيع بحسب القواعد الشرعية صحيح إذا وقع بالتراضي من الطرفين ومعرفة المبيع من الجانبين، ولكن إذا نظرت إلى الواقع وأنه لم يدفع في الحقيقة من تلك الألف إلا مائة درهم خاصة حصل الاشكال في حصول البراءة من الزائد بهذه الحيلة، وكانت قريبة من حيلة اليهود في إسقاط ما حرم الله عليهم.

ولا يبعد أن يقال إن الذمة مشغولة بهذا المبلغ ييقن، ولا تبرأ إلا بيقين دفعه كمالاً، وحصول الدفع بهذه الحيلة غير معلوم يقيناً على أنه يمكن أن يقال: إن في صحة هذا البيع إشكالاً، لأنه وإن صح البيع في أمثاله بزيادة على الثمن الواقعي أضعافاً مضاعفة إلا أنه مخصوص بقصد المشتري إلى دفع الثمن ورضاه بالمبيع بهذا الثمن، وفيما نحن فيه ليس كذلك، فإن المشتري إنما رضى بالشراء بهذا الثمن من حيث علمه بأنه لا يؤخذ منه، وإلا فمن المجزوم به أنه لا يرضى بدفع هذا الثمن في مقابلة هذا المبيع اليسير كما هو المفروض.

وبالجملة فإنه من الظاهر أن المشتري لم يقصد دفع الثمن ، مع أن الثمن أحد أركان المبيع كما تقدم في كتاب البيع فهو في قوة أنه اشترى بلا ثمن ، ولا خلاف في بطلانه لما عرفت . وكيف كان فالجزم ببراءة الذمة عندي في هذه الصورة محل توقف وإشكال .

(ومنها) ما لو خافت المرأة من تزويج زوجها بامرأة معينة فحملت ولدها على أن يتزوج بها قبل أبيه ، أو أمة يريد شراءها الأب فاشتراها الابن ، أو حملت الام ابنها على الزنا بتلك المرأة التي يريد أبوه تزويجها أو الأمة التي يريد شراءها بناءً على نشر الحرمة بالزنا ، فإنه وإن أثم من حيث حرمة الزنا إلا أن الحيلة تحصل به .

(ومنها) ما لو كرهت المرأة زوجها وأرادت انفساخ العقد بينهما فارتدت انفسخ النكاح وبانت منه إن كان قبل الدخول ، ولو كان بعده توقف بينونة على انقضاء العدة قبل رجوعها ، فإن أخرت إلى انقضائها بانت منه ، فإذا رجعت بعد ذلك إلى الاسلام قبل وتمت الحيلة ، كذا ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، ولا يخلو من إشكال ، فإن مقتضى هذا الكلام أن إظهار الارتداد لم يقع عن تغيير في الاعتقاد للاسلام واعتقاد الكفر ، والكفر الموجب للنسخ إنما مناطه الاعتقاد لا مجرد الاظهار ، ومجرد الاظهار إنما يوجب الفسق لا الكفر .

وبالجملة فإنه لا يظهر في صحة هذه الحيلة على وجه ينفسخ بها النكاح إن مرجعها إلى إظهار الكفر من غير زوال اعتقاد الاسلام وهو غير موجب للارتداد شرعاً .

(ومنها) ما عدوه في هذا الباب من الحيل المبيحة ^(١) لنكاح جماعة امرأة في

(١) أقول: قال في المختلف [مختلف الشيعة ص ٦٢٠]: قال الشيخ في الخلاف: إذا تزوج امرأة ثم خلعها ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول بها لا عدة عليها . وقال في المبسوط: إذا خلعها ثم تزوجها ثم طلقها ثم راجعها ثم خلعها قبل الدخول قال قوم =

يوم واحد بأن يتزوجها أحدهم ويدخل بها ثم يطلقها، ثم يتزوجها ثانية ويطلقها من غير دخول، فإنه يجوز للآخر أن يتزوجها في تلك الحال لسقوط العدة حيث إنها غير مدخول بها. هكذا ذكر في المغني ثم قال: وهو غلط واضح لأن العدة الأولى لم تسقط إلا بالنسبة إلى الزوج الأول الذي هو صاحب الفراش حيث لا يجب الاستبراء من مائه، وأما بالنسبة إلى غيره فما العلة في سقوطها، وإنما الساقط العدة الثانية فقط ليس إلا، انتهى.

أقول: لا ريب أن ما أوردته عليهم ظاهر الورد كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، إلا أن كلامه أيضاً لا يخلو من سهو وغفلة، فإنه قد فرض المسألة في نكاح قوم لامرأة واحدة في يوم، وهذا لا يتم فيما فصله وأوضحه من أنه يتزوجها أحدهم ويدخل بها ثم يطلقها... إلخ، فإن الطلاق بعد الدخول لا يصح عندنا إلا بعد الاستبراء بحیضة أو ثلاثة أشهر، وحينئذ فكيف يمكن ما فرضه من وقوع نكاح القوم في يوم واحد، اللهم إلا أن يكون مراده الرد على العامة القائلين بجواز الطلاق في الطهر الذي واقع فيه من غير حاجة إلى الاستبراء، وإن كان الظاهر من كلامه إنما هو الرد على من ذهب من أصحابنا إلى صحة هذه الحيلة. ثم إن من ذهب من أصحابنا إلى ذلك وجوزه فإنما يفرضه في المتعة حيث إنها تبين بمجرد انقضاء المدة أو هبتها.

= تبني، وقال آخرون تستأنف وهو الصحيح عندنا، وقال بعضهم لا علة عليها ما هنا وهو الأقوى عندنا والأول أحوط. وقال ابن البراج في المهذب: فإن خالها ثم تزوجها ثم طلقها استأنفت أيضاً العلة ولم يجز لها أن تبني على ما تقدم - ثم قال في المختلف: - والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف لقوله تعالى [سورة الأحزاب - آية ٤٩] «ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من علة تعتدونها» انتهى. (منه - قدس سره -).

لكن المفهوم من كلام الفضل بن شاذان ^(١) وكلام الشيخ المفيد على ما نقله المرتضى - رحمه الله عليه - في كتاب المجالس الذي جمعه من كلام الشيخ المفيد - رحمه الله عليه - هو إنكار ذلك وتخصيصه بالعمامة، مع أنهم يلزمهم مثل ذلك متى قالوا بسقوط العدة في الصورة المذكورة كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، وصورة الالتزام الذي ألزم به الفضل بن شاذان من جواز نكاح عشرة لامرأة واحدة في يوم واحد موضعه طلاق الخلع والطلاق البائن، حيث إن العامة لا يوجبون الاستبراء ويجوزون الطلاق في الحيض، قال الشيخ المفيد - بعد حكاية ما وقع للفضل بن شاذان مع العامة - ما صورته: و الموضوع الذي لزمته هذه الشناعة فقهاء العامة دون الشيعة الامامية أنهم يجيزون الخلع والطلاق والظهار في الحيض وفي الطهر الذي قد

(١) أقول: صورة ما حكى عن الفضل في الكتاب المذكور قال: قد ألزم الفضل بن شاذان فقهاء العامة - على قولهم في الطلاق أن يحل للمرأة المسلمة الحرة أن يمكن من وطئها في اليوم الواحد عشرة أنفس على سبيل النكاح، وهذا شنيع في الدين ومكفر في الإسلام. قال الشيخ: ووجه إلزامه لهم ذلك بأن قال: أخبروني عن رجل تزوج امرأة على الكتاب والسنة وساق إليها مهرها، أليس قد حل له وطؤها، فقالوا وقال المسلمون كلهم: بلى، قال: فإن كرهها عقيب الوطء أليس يحل له خلعها؟ فما مذهبكم في تلك الحال؟ قال العامة خاصة: نعم، قال: فإن خلعها ثم بدا له بعد ساعة في العود إليها أليس له أن يخطبها لنفسه؟ قالوا: بلى، قال لهم: فإن عقد عليها عقد النكاح أليس قد عادت إلى ما كانت عليه من النكاح وسقطت عنها عدة الخلع؟ قالوا: بلى، قال: فإن رجع إلى نيتة في فراقها ففارقها عقيب العقد الثاني من غير أن يدخل بها ثانية أليس قد بانت منه ولا عدة عليها بنص القرآن من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا؟﴾ فقالوا: نعم، ولا بد لهم من ذلك مع التمسك بالقرآن، قال لهم: قد حلت من وقتها للأزواج إذ ليس عليها عدة بنص القرآن، قالوا: بلى، قال: فما تقولون لو صنع بها الثاني كصنع الأول أليس يكون قد نكحها اثنان في بعض يوم من غير حظر في ذلك على أصولكم في الأحكام، فلا بد من أن يقولوا: بلى، وقال: وكذلك لو نكحها ثالث ورابع إلى أن يتم عشرة أنفس وأكثر من ذلك إلى آخر النهار أليس يكون جائزاً حلالاً؟ وهذه من الشناعة بمرتبة لا تليق بأهل الإسلام. قال الشيخ: والموضع إلى آخر ما هو مذكور في الأصل، انتهى.

(منه - قدس سره -)

حصل فيه جماع من غير استبانة حمل ، و الامامية تمنع من ذلك و تقول إن هذا أجمع لا يقع بالحاضرة التي تحيض إلا بعد أن تكون طاهراً من الحيض طهراً لم يحصل فيه جماع ، فلذلك سلمت مما وقع فيه المخالفون ، انتهى .

و ظاهر كلام هؤلاء المشايخ بل الظاهر أنه المشهور هو سقوط العدة عن المختلعة و المطلقة ثلاثاً لو عقد عليها الزوج بعد ذلك قبل انقضاء العدة ثم طلقها قبل الدخول ، و أنها يجوز لغيره في تلك الحال التزويج بها لدخوله تحت عموم الآية . و لم يتفطن هؤلاء الأعلام إلى أن ما أئزموه العامة من هذه الشناعة التي شنعوا بها عليهم لازمة لهم متى قالوا بهذا القول ، و ذلك فإنه لو انقضت عدة المستمتعة وتم أجلاها أو وهبها ذلك فإنها تبين في الحال ، ولا خلاف في أنه يجوز لزوجه العقد عليها في تلك العدة، فلو عقد عليها ثم أبرأها قبل الدخول بها فإنه لأعدة عليها لكونها غير مدخول بها، فيجوز لآخر أن يتمتعها و يعمل بها ما عمل وهكذا حسبما شنعوا به على العامة ، ومنشأ الغلط في هذه المسألة هو أن العدة إنما تسقط بالنسبة إلى الزوج كما تقدم في كلام المحدث المتقدم، فإنه يجوز له العقد عليها قبل انقضاء العدة لعدم وجوب الاستبراء من مائه الذي هو العلة في وجوب العدة ، و أما بالنسبة إلى غير الزوج فلا تسقط ، و طلاقه لها ثانياً بعد هذا العقد المجرى عن الدخول لا يؤثر في سقوط تلك العدة الأولى ، و إنما يؤثر في عدة هذا الطلاق ، و التمسك بظاهر الآية في المقام مغالطة، فإنها إنما دلت على سقوط العدة في الطلاق أو الإبراء الثاني و لا تراخ فيه ، و محل النزاع إنما هو العدة الأولى والإبراء الأول، والآيات والروايات الدالة على وجوب العدة شاملة لهذه الصورة ، و السقوط إنما ثبت بالنسبة إلى الزوج خاصة بدليل خاص، و أما غيره فعموم الآيات والروايات دال على وجوبها .

و الذي يدل على ما ذكرنا من الاختصاص بالزوج ما رواه في الكافي ^(١) في

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٥ ب ٢٣ ح ٣.

الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن رواه وقال : إن الرجل إذا تزوج المرأة متعة كان عليها عدة لغيره ، فإذا أراد هو أن يتزوجها لم يكن عليها منه عدة يتزوجها إذا شاء .

وقد وقفت على رسالة في المتعة الظاهر أنها من تصانيف المحقق الفيلسوف العماد مير محمد باقر الداماد ، وقد جنح فيها إلى القول المشهور ولم يتفطن إلى ما فيه من القصور فصرح بأن المستمتعة المحتال في سقوط عدتها بذلك النحو لا عدة عليها لا للعقد الثاني ولا للأول .

وممن أنكر ذلك وصرح بيطلاق هذه الحيلة شيخنا البهائي - رحمه الله عليه - في أجوبة مسائل الشيخ صالح الجزائري حيث قال بعد كلام في المقام : أما لو دخل بالمتمتع بهائم أبرأها ثم تمتع بها وأبرأها قبل الدخول فالذي أعتمد عليه أنه لا تحل لغيره العقد عليها إلا بعد العدة ، ولا فرق بين الإبراء والطلاق ، وما يوجد في كتب الأصحاب من جواز ذلك لانصرافه في سلك المطلقات قبل الدخول لأعول عليه ولا أقول به ، ولل كلام فيه مجال واسع ليس هذا محله ، والله أعلم ، انتهى . (ومنها) ما لو أراد التوصل إلى حل نظر يحرم عليه نظرها ، ولمس من يحرم عليه لمسها بأن يعقد الرجل بابنه الصغير متعة على امرأة بالغة لأجل أن يحل للأب نظر تلك المرأة المعقود عليها ولمسها ، أو يعقد الرجل بابنته الصغيرة على رجل لأجل أن يكون ذلك الرجل محرماً لأم البنين وجدها يحل له نظرهما ولمسهما ونحو ذلك ، والظاهر عندي صحة ذلك وأنه يترتب على هذا العقد ما يترتب على عقود النكاح ، المقصود منها النكاح ، وإن لم يكن هذا العقد مقصوداً به النكاح ، وقد عرفت ممّا قدمنا نقله قريباً عن شيخنا الشهيد الثاني في المسالك أنه لا يشترط في صحة العقد قصد جميع غاياته المترتبة عليه بل يكفي قصد بعضها ، على أن ما تمسك به من توهم عدم جواز ذلك من أن العقود تابعة للقصد وقصد النكاح هنا غير موجود .

وفيه (أولاً) أنه إن أريد القصد ولو في الجملة فهو حاصل، وإن أريد القصد إلى كل ما يترتب على ذلك المقدم فعلى مدعي ذلك إثباته بالدليل، مع أن ظاهر الأدلة كما سيظهر لك إنما هو خلاف ذلك.

(وثانياً) أن الظاهر من الأخبار على وجه لا يزاحمه الإنكار وهو إخراج هذه القاعدة وبطلان ما رتبوه عليها من هذه الفائدة كما لا يخفى على من جاس خلال ديار الأخبار والتقط من لذيذ تلك الثمار.

وها أنا أتلو عليك ما حضرني من الأخبار المشار إليها، فمن ذلك الأخبار الواردة في التخلص من الربا والحيلة في دفعه.

ومنها ما رواه في الكافي^(١) عن محمد بن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن سلسيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف درهم، فأقرضتها تسعين ألفاً وأبيعها ثوباً أو شيئاً يقوم عليّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم، قال: لا بأس.

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن محمد بن إسحاق بن عمار أيضاً قال: قلت للرضا عليه السلام: الرجل يكون له المال قد حل على صاحبه، يبيعه لولوة تسوى مائة درهم بألف درهم، ويؤخر عليه المال إلى وقت؟ قال: لا بأس، قد أمرني أبي عليه السلام ففعلت ذلك. وزعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك.

وروى المشايخ الثلاثة^(٣) - رحمه الله عليهم - في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصرف - إلى أن قال: - فقلت له: أشتري ألف درهم ودينار بألفي

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ ح ٩، الوسائل ج ١٢ ص ٣٧٩ ب ١٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٢٥٥ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٥٣ ح ٢٨، الوسائل ج ١٢ ص ٣٨٠ ب ١٢ ح ٦ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٢٤٦ ح ٩، التهذيب ج ٧ ص ١٠٤ ح ٥١، الوسائل ج ١٢ ص ٤٦٦ ب ١ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

درهم ؟ قال : لا بأس ، إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني ، وكان يقول هذا فيقولون إننا هذا الفرار ، لو جاء دجل بدينار لم يعط ألف درهم ، ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال ، إلى غير ذلك من الأخبار الواردة كذلك .

والتقريب فيها أنهم عليه السلام قد حكموا بصحة بيع هذه الأشياء المذكورة بأضعاف ثمنها الواقعي توصلاً إلى الخروج من الوقوع في الربا ، وأصل البيع غير مقصود البتة ، ولهذا أنكرته العامة العمياء ، وإنما المقصود ما ذكرناه ، والشارع قد سوغه وجوزه كما نقله عنه نوابه عليهم السلام وخلفاؤه عليهم السلام ، وبه يظهر أنه لا يشترط قصد جميع ما يترتب على ذلك العقد .

(ومنها) الأخبار الدالة على صحة بيع الأبق ^(١) مع ضميمة وإن كانت يسيرة والثمار قبل ظهورها أو بلوغ حدّ الصلاح مع الضميمة ^(٢) أيضاً ، فلو لم يوجد الأبق ولم تخرج الثمار أو خرجت وفسدت كان الثمن في مقابلة الضميمة ، مع أن تلك الأمان أضعاف ثمن هذه الضميمة واقفاً والعقد أولاً ، وبالذات لم يتوجه إلى بيع الضميمة بهذا الثمن الزائد البتة ، وهم عليهم السلام قد حكموا بصحة البيع فيها بهذا الثمن ، وإن كان الغرض من ضمها إنما هو التوصل إلى صحة بيع تلك الأشياء . (ومنها) الأخبار الدالة على أن العقد المقترن بالشرط الفاسد صحيح وإن بطل الشرط كما هو أحد القولين في المسألة ، وجمهور الأصحاب وإن كانوا بناءً على هذه القاعدة حكموا ببطلان العقد من أصله ، لأن المقصود بالعقد هو المجموع وأصل العقد مجزئاً عن الشرط غير مقصود فيكون باطلاً ، لأن العقود تابعة للقصد

(١) الكافي ج ٥ ص ٢٠٩ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٦٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ٢ ص ٢٦٢ ب ١١ ح ١ و ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ١٧٦ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٨٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٢ ص ٩ ب ٣ ح ٢ .

فما كان مقصوداً غير صحيح ، وما كان صحيحاً غير مقصود ، إلا أن الأخبار تروى في جملة من الأحكام كما في صحيحة محمد بن قيس ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة بمهر إلى أجل مسمى ، فإن جاء بصداقها إلى أجل مسمى فهي امرأته ، وإن لم يأت بصداقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل ، وذلك شرطهم عليه حين أنكحوه ، ففرض للرجل أن يده بضع امرأته وأحبط شرطهم ، ونحوه صحيحته الأخرى أيضاً .

وحسنه الحلبي ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام الواردة في بريرة وأنها كانت مملوكة لقوم فباعوها عائشة واشترطوا أن لهم ولأولادها ، فقال رسول الله ﷺ : الولاء لمن اعتق . وروى الكليني ^(٣) عن الوشاء عن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول : لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً ، والذي جعل لأبيها فاسداً .

والسيد السند صاحب المدارك في شرح النافع حيث إنه من القائلين بهذه القاعدة التجأ في الواجب عن صحيحتي محمد بن قيس إلى قصرهما على مورديهما بعد أن حكم أنهما في حكم رواية واحدة ، ولم يعلم أن الدلالة على ما ذكرناه لا ينحصر فيهما ، مع أنه قد اعترف بما ذكرناه في رواية الوشاء المذكورة فقال : ويستفاد من هذه الرواية عدم فساد العقد باشماله على هذا الشرط الفاسد ، انتهى . (ومنها) الأخبار الدالة على أن عقد المتعة مع عدم ذكر الأجل فيه ينقلب دائماً كما في موثقة عبد الله بن بكير ^(٤) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : إن سمى الأجل فهو متعة ، وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٠ ب ١٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج ٢ ص ٧٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٦ ص ٤٠ ب ٣٧ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩ ب ٩ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ب ٢٠ ح ١ .

ويحويها رواية أبان بن تغلب^(١) ورواية هشام بن سالم^(٢) كما تقدم جميع ذلك في المسألة المذكورة .

و قد استشكل جملة من متأخري المتأخرين بناءً على هذه القاعدة في العمل بهذه الأخبار ، وهو مجرد استبعاد عقلي في مقابلة النصوص ، فإن الدلالة على هذا الحكم غير مختص لهذه الأخبار لما عرفت مما تلوناه من الأخبار المذكورة ، فإنها صريحة في رد القاعدة المذكورة وبضمونها قال الأصحاب: فلا وجه لهذا الاستشكل ولا مستند لهذه القاعدة إلا مجرد العقل، وإن دل بعض الأخبار في بعض الجزئيات على ما تضمنته ، إلا أنه ليس على وجه كلي يوجب كونه قاعدة كلية ، والأحكام الشرعية توقيفية تدور مدار الأدلة الشرعية وجوداً وعدمًا ، وإن اشتهر بينهم - رضوان الله عليهم - تقديم الأدلة العقلية على الأدلة النقلية حتى أنهم في الكتب الاستدلالية تراهم في جملة الأحكام إنما يبدأون بالأدلة العقلية ثم يردفونها بالأدلة النقلية ، وهو غلط محض كما أوضحناه بما لأمزيد عليه في جملة من زبرنا .

وبالجملة فإن الظاهر مما تلوناه من الأخبار المذكورة هو عدم الاعتماد على هذه القاعدة ، إلا أن تحمل على ما قدمنا ذكره آتفاً من القصد ولو في الجملة، وبه تنطبق على هذه الأخبار كما لا يخفى على ذوي الأفكار، وفي هذه المسألة توهمات آخر قد بيننا فسادها في كتابنا الدرر النجفية من الملتقطات اليوسفية، من أحب الوقوف عليها فليرجع إليه .

(ومنها) ما لو كان عليه دين قد برىء منه بالأداء إلى صاحبه، أو إبراء صاحبه من ذلك الدين فادعى عليه وخاف من دعوى الأداء أو الإبراء أن تنقلب اليمين إلى المدعى لعدم البيئنة فأنكر الاستدانة من رأس، فإنه يجوز له أن يحلف على ذلك بشرط التورية ليخرج من الكذب على ما صرح به الأصحاب من غير خلاف يعرف.

والمراد بالتورية بأن يقصد بمدلول اللفظ إلى أمر غير ما يدل ظاهر اللفظ بأن يقصد بقوله «ما استدعت منك» نفى الاستدانة في مكان مخصوص أو زمان مخصوص غير الزمان أو المكان الذي وضعت فيه الاستدانة واقعاً، أو يقصد نوعاً من المال غير الذي استدانه فينوي في حال حلفه على أحد هذه الوجوه ما كان الضرورة حيث إنه بريء الذمة واقعاً غير مخاطب بالأداء شرعاً . هذا إذا كان المدعى عليه مظلوماً كما عرفت ، فإن التورية في يمينه لدفع ذلك الظلم حائزة شرعاً .

وأما لو كان المدعي محققاً فأنكر المدعي عليه وحلف مورياً بها يخرج عنه الكذب فإنه لا يفيد التورية هنا ، لأن اليمين هنا على نية المدعي وقصد دون المدعي عليه، فيترتب على هذه اليمين ما يترتب على من حلف بالله كاذباً من الائم والمؤاخذه .

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن صفوان قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يحلف وضميره على غير ما حلف عليه ، قال : اليمين على الضمير .

ومارواه في الكافي والفقيه^(٢) عن إسماعيل بن سعد الأشعري في الصحيح عن الرضا عليه السلام مثله .

ومارواه في الكافي^(٣) عن مسعدة بن صدقة قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : وسئل عما يجوز وما لا يجوز في النية على الاضمار في اليمين فقال : قد يجوز في موضع ولا يجوز في آخر ، فأما ما يجوز فإذا كان مظلوماً فيما حلف

(١) الكافي ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٥٠ ب ٢١ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٤٤٤ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٣٣ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٩ ب ٢١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٧ ص ٤٤٤ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٠ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٤٩ ب ٢٠ ح ١ .

وما في المصادر اختلاف يسير .

عليه و نوى اليمين فعلى نيته ، وأما إذا كان ظالماً فاليمين على نيّة المظلوم .
أقول: وبمادل عليه الخبر الثاني يجب تخصيص الخبر الأول بضمير المظلوم
فقوله «اليمين على الضمير» يعني ضمير المظلوم، وهو خاص بالصورة الأولى من
الصورتين المتقدمتين ، ومن الخبر الثاني يظهر أن التورية في الصورة الثانية لا تفيد
صاحبها فائدة لأنه عليه السلام حكم في هذه الصورة بأن اليمين على نيّة المظلوم وقصد،
فلا أثر للتورية حينئذ في هذه الصورة من الظالم، ويظهر من جملة من الأخبار جواز
الحلف في مثل هذا المقام والأخبار بغير الواقع وإن لم يرتكب التورية، وموردها
ما إذا لم يكن التوصل إلى حقه أو دفع الضرر عن نفسه إلا بتلك اليمين الكاذبة
فإنه يجوز له الحلف والحال هذه، وما نحن فيه من قبيل الثاني وهو دفع الضرر
عن نفسه .

ومن الأخبار المشار إليها ما رواه في الفقيه ^(١) بطريقه إلى ابن بكير عن زرارة
قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم
و يخلون سبيلنا، ولا يرضون منا إلا بذلك ، قال : فاحلف لهم ، فهو أحلى من
التمر والزبد .

وما رواه في التهذيب ^(٢) في الصحيح عن الوليد بن هشام المرادي وهو مهمل-
قال : قدمت من مصر ومعى رفيق، ومررت بالعشار فسألني ، فقلت : هم أحرار
كلهم. فقدمت المدينة فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقول العشار، فقال :
ليس عليك شيء .

وما رواه في الفقيه ^(٣) في الصحيح عن الحلبي قال : سألت عن الرجل يحلف

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٣٠ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٣٥ ب ١٢ ح ٦ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٨٤ ح ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٩ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٦ ص ٧١ ب ٦٠ ح ١
وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٣١ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٦ ص ١٣٥ ب ١٢ ح ٨ .

لصاحب العشور ، يجوز بذلك ماله ؟ قال : نعم .

و ما رواه في الكافي ^(١) عن محمد بن مسعود الطائي قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام إن أمي تصدقت عليّ بدارلها - أو قال : بنصيب لها في دار - فقالت لي : استوثق لنفسك ، فكتبت إنني اشتريت وأنها قد باعني وأقبضت الثمن ، فلمّا ماتت قال الورثة : احلف إنك اشتريت ونقدت الثمن ، فإن خلفت لهم أخذته ، وإن لم أحلف لهم لم يعطوني شيئاً ، قال : فقال : احلف وخذ ما جعلت لك .

و ما رواه في الفقيه و التهذيب ^(٢) عن محمد بن أبي الصباح د قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : إن أمي تصدقت عليّ بنصيب لها في دار ، فقلت لها : إن القضاء لا يجوز هذا ، ولكن اكتبه شراء ، فقالت : اصنع من ذلك ما بدا لك في كل ما ترى أنه يسوغ لك ، فتوثقت ، فأراد بعض الورثة أن يستحلّفني أنّي قد نقدتها الثمن ولم أقدها شيئاً ، فما ترى ؟ فقال : احلف لهم .

واحتمال تقييد إطلاق هذه الأخبار بالاوله وإن أمكن إلا أن الظاهر أنه لا يخلو من بُعد ، ومن أراد الاطلاع على ما يزيد ما ذكرنا من المواضع التي ذكرها الأصحاب في أمثلة الاحتياال فليراجع إلى مطولاتهم .

الفصل الثالث في العدد :

جمع عدة ، وهي على ما ذكره الجوهري ^(٣) أيام أقراء المرأة . و نحوه في القاموس ، ^(٤) وزاد أيام حدادها على الزوج . وفي النهاية الأثيرية : ^(٥) عدة المرأة

(١) الكافي ج ٧ ص ٣٢ ح ١٧ مع اختلاف يسير .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٢٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٨٧ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣١٠ ب ٩ ح ٥ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) الصحاح ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٤) القاموس ج ١ ص ٣٢٤ مع اختلاف يسير .

(٥) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٩٠ .

المطلقة والمتوفى عنها زوجها مانعه من أيام أقرانها وأيام حملها، أو أربعة أشهر وعشر ليال. وعرفها شيخنا الشهيد الثاني في المسالك^(١) بأنها شرعاً اسم لمدة معدودة تترتب فيها المرأة لمعرفة براءة زوجها أو للتعبّد أو التفجّع على الزوج، وشرعت صيانةً للأنساب وتحصيناً لها عن الاختلاط، والأصل في وجوب العدة قبل الاجماع الآيات القرآنية والأخبار المعصومية عليه السلام.

قال عز شأنه «المطلقات يتربصن بأنفسهن» ثلاثة قروء،^(٢) واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن» ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن داوالات الأحوال أجلهن» أن يضعن حملهن،^(٣) والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن» أربعة أشهر وعشراً،^(٤) ثم «طلقتموهن» من قبل أن تمسوهن» فمالك عليهن» من عدة تعتدنها»^(٥).

و أما الأخبار فهي متواترة متكاثرة و ستمرّ بك - إن شاء الله تعالى - في الأبحاث الآتية .

قال في المسالك :^(٦) و اعلم أن المدة المستدلّ بمضيها على براءة الرحم تتعلق نارةً بالنكاح و وطء الشبهة وتشتهر باسم العدة، و أخرى بملك اليمين، إمّا حصولاً في الابتداء أو زوالاً في الانتهاء ، وتشتهر باسم الاستبراء ، والنوع الأول منه ما يتعلق بفرقة بين الزوجين، و هو حيّ كفرقة الطلاق و اللعان و الفسوخ ، ويشمله عدة الطلاق لأنّه أظهر أسباب الفراق، و حكم العدة و طء الشبهة حكمها، وإلى ما يتعلق بفرقة تحصل بموت الزوج و هي عدة الوفاة، انتهى .

أقول : والكلام في هذا الفصل يقع في مقامات : الأولى : أجمع العلماء من الخاصة والعامة على أنه لا عدة على الزوجة الغير المدخول بها، سواء بانت بطلاق أو فسخ

(١) و ٦) مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٤ مع اختلاف يسير.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٨ . (٣) سورة الطلاق - آية ٤ .

(٤) سورة البقرة - آية ٢٣٤ . (٥) سورة الأحزاب - آية ٤٩ .

لأنَّ الغرض منها براءة الرحم ، نعم خرج من هذا الحكم المتوفى عنها زوجها للاتِّفاق نصّاً وفتوى على وجوب العدة في الحال المذكور .

وممّا يدلّ على نفي العدة في غير الوفاة الآية والأخبار المتكاثرة . قال الله عزّ وجلّ "ثمّ طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ فما لكم عليهنّ من عدة تعتدونها" . ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل إذا طلق امرأته ولم يدخل بها ، فقال : قد بانت منه وتزوج من ساعتها إن شاءت .

وما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح عن زرارة عن أحدهما عليه السلام في رجل تزوج امرأة بكرأ ثم طلقها قبل أن يدخل بها ثلاث تطليقات في كل شهر تطليقة ، قال : بانت منه في التطليقة الأولى واثنان فضل ، وهو خاطب يتزوجها متى شاءت وشاء بمهر جديد ، قيل له : فله أن يراجعها إذا طلقها تطليقة واحدة قبل أن تمضي ثلاثة أشهر ؟ قال : لا ، إنّما كان يكون له أن يراجعها لو كان دخل بها أولاً ، فأمّا قبل أن يدخل بها فلا رجعة له عليها قد بانت منه ساعة طلقها .

وعن الحلبي^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدة تزوج من ساعتها إن شاءت ، وبينهما تطليقة واحدة . وإن كان فرض لها مهرأ فلها نصف ما فرض ، إلى غير ذلك من الأخبار .

و أمّا ما ذكرنا من خروج عدة الوفاة عن هذا الضابط المذكور فستأتي

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٤ ح ١٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٤ ب ١ ح ٦ وما في المصادر «وتزوج إن شاءت من ساعتها» .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٣ ب ١ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٤ ح ١٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٤ ب ١ ح ٤ وما في المصادر «وبينها» بدل «وبينهما» .

الأخبار الدالة عليه عند ذكر المسألة إن شاء الله تعالى .

بقي الكلام هنا في مواضع بها يتم تنقيح المقام : الأول : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب - إذ لم ينقل هنا خلاف في الباب - في أن المراد بالدخول الوطء قبلاً أو دبراً وطئاً موجباً للغسل .

واستدل على ذلك بقول أبي عبدالله عليه السلام في حسنة الحلبي ^(١) في رجل دخل بامرأة «إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة» وبهذا المضمون أخبار عديدة . وصحبة عبدالله بن سنان ^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ملاسة النساء هو الإيقاع .

وفي الصحيح عن عبدالله بن سنان ^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فادخلت إليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها ، هل عليها عدة منه ؟ فقال : إنما العدة من الماء ، قيل له : فإن كان واقفاً في الفرج ولم ينزل ؟ فقال : إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة . وفي الموثق عن يونس بن يعقوب ^(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج .

إلى غير ذلك من الأخبار التي من هذا القبيل، وعندني فيما ذكره - رحمة الله عليهم - من شمول الدخول المترتبة عليه هذه الأحكام المذكورة في هذه الأخبار للوطء في الدبر إشكال ، فإنني لم أقف على نص صريح في ذلك سيما مع ما تقدم من الخلاف نصاً وفتوى في إيجاب الوطء في الدبر للغسل كما تقدم في كتاب الطهارة مع ترجيح عدم كما تقدم، والاستناد في ذلك إلى هذه الأخبار

(١) (٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ب ٥٤ ح ٢ و ٣ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ب ٥٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ب ٥٤ ح ٦ .

ونحوها لا يخلو من غموض .

قال السيّد السند في شرح النافع بعد استدلال الأصحاب بصحیحة عبدالله ابن سنان الثانية : وربما تناول هذه الرواية بإطلاقها الوطاء في الدبر ، انتهى . ويضعف بآثمه من المقرر في كلامهم كالفائدة الكلّیة عندهم أن الطلاق إنما ينصرف إلى الأفراد المتكثرة الشایعة ، فإنّها هي التي يحمل عليها الطلاق ويتبادر إلى الفهم دون الفروض النادرة ، ولا ريب أن الفرد الشایع في الوطاء إنما هو الجماع في القبل لأنّه هو المندب إليه والمحتوث إليه سيّما مع كراهة الآخر ، بل قبل بتحريمه . وبالجملّة فالمسألة عندي لا تخلو من توقّف وإشكال .

الثاني : نقل عن جمع من الأصحاب أنّه لا فرق بين وطء الكبير والصغير وإن نقص سنّه ، عن زمان إمكان التوكّد منه عادة لا طلاق النص .

قال في المسالك : و اعلم أنّه لا فرق بين وطء الصبي القاصر عن سنّ من يصلح للولادة له وغيره لوجود المقتضي ، وهو الوطاء الذي جعل مناطاً لها كوطء الكبير بتغيّب الحشفة خاصّة من غير إزال ، ويتغلّب جانب التعبد هنا نظراً إلى تعليق الحكم بالوجه المنضبط ، انتهى .

وعندي في المسألة نوع توقّف لما عرفت من أن الطلاق في الأخبار إنما تحمل على الأفراد الشایعة المتعارفة المتكررة ، وهي هنا البالغ دون الصغير ، فإنّه فادر بل مجرد فرض ، والحمل على البالغ الذي أدلج من غير إزال - كما ذكره ودلّت عليه صحیحة عبدالله بن سنان الثانية - لا يخرج عن القياس .

والأحكام الشرعیّة كما قدمنا ذكره في غير موضع منوطة بالأدلة الصریحة الواضحة وهي هنا خفیة وغير لائحة ، ويمكن الاستئناس لذلك بما تقدم في خبر الواسطي^(١) المذكور في صدر الفصل الأول الدالّ على عدم حصول التحليل بالغلام الذي لم يحتلم حتّى يبلغ ، فإنّ فيه إيماء إلى عدم ترتب الأحكام الشرعیّة على

(١) الكافي ج ٧ ص ٧٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٦٧ ب ٨ ح ١ .

نكاح غير البالغ ، التي من جعلتها التحليل . وبالجمللة فالحكم عندي غير خالٍ من شوب التوقف والاشكال .

الثالث : قد صرح جماعة من الأصحاب منهم شيخنا في المسالك وسبطه في شرح النافع بأنه يلحق بالوطء دخول المنى "المحترم في الفرج فيلحق به الولد إن فرض ، وتعتد بوضعه ، وظاهرهم عدم وجوب العدة بدون الحمل هنا ، وعندي فيه توقف أيضاً لعدم الوقوف على نص" يصلح دليلاً لهذا اللاحق .

الرابع : ظاهر كلام الأصحاب - و به صرح في المسالك - وجوب العدة على مدخولة الخصى ، فإنه وإن لم ينزل ولكنه يولج فيكون بمنزلة الفحل الذي يولج ولا ينزل ، والمعتبر في هذا الباب هو الإبلاج خاصة كما عرفت ، وعليه دلت الأخبار .

وبدل " على ما ذكره من وجوب العدة هنا مارواه في الكافي والفقهاء ^(١) عن أبي عبيدة في الصحيح " قال : سئل أبو جعفر عليه السلام عن خصى " تزوج امرأة وفرض لها صداقاً وهي تعلم أنه خصى ، فقال : جائز ، فقيل : فإنه مكث معها ما شاء الله ثم طلقها ، هل عليها عدة ؟ قال : نعم ، أليس قد لذت منها ولذت منه ، ^(٢) الحديث . إلا أنه قد روى الشيخ في التهذيب ^(٣) في الصحيح عن أحمد بن محمد بن عيسى

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ب ١٣ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) وتام الخبر المذكور . . . قيل له : فهل كان عليها فيما كان يكون منه وفيها غسل ؟ قال : فقال : إن كانت إذا كان ذلك منه أمنت ، فإن عليها غسلًا ، وقيل له : فهل له أن يرجع بشيء من صداقها إذا طلقها ؟ قال : لا .

أقول : ما دلت عليه من تخصيص وجوب الغسل عليها بحصول الأمانة منها دون مجرد الإبلاج كما هو القاعدة الكلية لا يخلو من التأمل لاستفاضة الأخبار بأنه إذا أدخله فقد وجب عليه الغسل والمهر والرجم . (منه - قدس سره -) .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٥ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢ ب ٤٤ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: سئل الرضا عليه السلام عن خصي " تزوج امرأة على ألف درهم ثم طلقها بعدما دخل بها، قال: لها الألف الذي أخذت منه ولا عدة عليها. وجمع المحدث الكاشاني في الوافي ^(١) والمفاتيح بين الخبرين بحمل العدة في الخبر الأول على الاستحباب.

وفيه أن وجوب العدة هو مقتضى القواعد الشرعية والضوابط المرعية المستفادة من الأخبار المعصومية لما عرفت من دلالة الأخبار ^(٢) على أن مناط العدة هو الإيلاج وإن لم يحصل إزال، وإطلاق الأخبار شامل للخصي وغيره، مؤيداً ذلك باتفاق الأصحاب على الحكم المذكور، وتخرج صحيحة أبي عبيدة المذكورة شاهدة على ذلك، فالواجب جعل التأويل في جانب الرواية الثانية المخالفة لتلك القواعد المذكورة، لا الأولى.

ولو كان الرجل مجبواً - وهو مقطوع الذكر وسليم الانثيين - فالمشهور أنه لا عدة على المرأة لعدم حصول الدخول الذي هو مناط ذلك.

(١) الوافي ج ٣ ص ١٨٠ ب ١٨٧.

(٢) ومنها ما في حسنة الحلبي [الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ب ٤٥ ح ٣ وفيهما «المهر» بدل «الغسل»] عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل دخل بامرأة، قال: إذا التقى الختانان وجب الغسل والعدة».

وفي حسنة حفص بن البختري [الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ب ٤٥ ح ٤] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل». وفي حسنة داود بن سرحان [الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ب ٤٥ ح ٥] عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أولجه فقد وجب الغسل والجلد والرجم ووجب المهر».

وهذه الأخبار ونحوها كلها متعاضدة للدلالة على ترتب هذه الأشياء على الدخول من أي فرد كان من أفراد الرجال، فلا وجه للفرق في ذلك بين العدة ووجوب المهر كما تضمنته صحيحة البزنطي المذكورة، وبذلك يظهر أيضاً ما في صحيحة أبي عبيدة [الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ب ١٣ ح ٤] مما قلنا ذكره في الحاشية السابقة من جعل مناط الغسل الأمان من المرأة دون مجرد الإيلاج. (منه - قدس سره -).

ونقل عن الشيخ في المبسوط وجوب العدة محتجاً بإمكان المساحقة. ورد بأن "مجرد الامكان غير كافٍ في الوطء الكامل .

والحق "في الجواب أن" الحكم بالوجوب يتوقف على الدليل، وغاية مادكت عليه الأخبار هو إدخال الذكر على الوجه المتقدم، وهو غير حاصل. نعم لو ظهر بها حمل لحقه الولد ، واعتدت حينئذٍ بوضعه كما ذكره الأصحاب .

وأما الممسوح الذي لم يبق له شيء ولا يتصور منه دخول فقد صرح الأصحاب بأنه لو أتت منه بولد لم يلحقه على الظاهر ، ولا يجب على زوجته منه عدة ، وربما قيل : حكمه حكم المحبوب، وهو بعيد.

الخامس: لعدة للحامل من الزنا بلا خلاف، فيجوز لها التزويج قبل الوضع، وأما مع عدمه فالمشهور أنه كذلك ، لأن الزنا لا حرمة له ، وبه علل الأول أيضاً وأثبتها العلامة في التحرير . قال في المسالك : ولا بأس به، حذراً من اختلاط المياه وتشويش الأنساب .

أقول : وهذا القول وإن ندر فهو المختار لما دل عليه من الأخبار ، ومنها ما رواه في الكافي ^(١) عن إسحاق بن جرير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها ، هل يحل له ذلك ؟ قال : نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، وإتما يجوز له تزويجها بعد أن يقف على توبتها .

وما رواه الحسن بن علي بن شعبة في كتاب تحف العقول ^(٢) عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد عليه السلام أنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا، أتحل له أن يتزوجها؟ فقال : يدعها حتى يستبرئها من نطقته و نطفة غيره ، إذ لا يؤمن منها أن يكون

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٠ ب ١١ ح ٤ و ج ١٥ ص ٤٧٦ ب ٤٤ ح ١ .

(٢) تحف العقول ص ٤٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٦ ب ٤٤ ح ٢ .

قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه، ثم يتزوج بها إذا أراد، فإنما مثلها مثل نخلة أكل رجل منها حراماً فأكل منها حلالاً .

وبذلك يظهر لك ما في قولهم إن الزنا لا حرمة له ، وقد تقدم تحقيق البحث في ذلك ^(١) ويأتى إن شاء الله في المباحث الآتية ما يشير إليه أيضاً .

السادس : المشهور أنه لا تجب العدة بالخلوة ، ونقل عن ابن الجنيّد القول بالوجوب حيث قال على ما نقله عنه السيّد السند في شرح النافع : الأغلب في من خلا بزوجه ، ولا مانع له عنها وقوع الوطء إن كانت نيباً ، والالتذاذ بما ينزل به الماء إذا كانت بكرأ ، وإن كان زمان اجتماعهما يمكن ذلك فيه حكم عليه بالمهر ، وعليها بالعدة إن وقع الطلاق ، إلا أنه ربما عرض أمور لا يمكن إرشاده على إيقاعه والانسان على نفسه بصيرة .

أقول : قد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في بحث المهور في كتاب النكاح ^(٢) وملخصه أن الموجب للمهر والعدة إنما هو الواقعة دون مجرد الخلوة إلا في مقام التهمة بأن يخلو بها ، وتدلّ القرائن على الوقاع ، ومع هذا يعترف الزوجان بعدمه ، فإنه لا يقبل قولهما لقيام التهمة .

وأما الأخبار الدالة بظاهرها على ثبوت ذلك بمجرد الخلوة فسييلها الحمل على التقية دون ما ذكره أصحابنا من التأويل فإنه بعيد كما أوضحناه ثمّة .

المقام الثاني : في المستقيمة الحيض ، وهي تعدّ بثلاثة أقرء ، وهي الأطهار على الأشهر الأظهر إذا كانت حرة سواء كانت تحت حر أو عبد . وتفصيل هذا الاجمال على وجه يتضح به الحال يقع في مواضع :

(١) أقول : تقدم ذلك في التنبيهات - التي بعد الإلحاق - المشتملة على جملة من أحكام الزنا من المقام الثاني من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة من كتاب النكاح . (منه - قدس سره -) . راجع الحقائق ج ٢٣ ص ٥٠٢ .

(٢) الحقائق ج ٢٤ ص ٥٠٥ - ٥١١ .

الأول : القراء - بالفتح والضم - يجمع على أقراء وقراء ، سواء كان بمعنى الطهر أو الحيض ، ونقل عن بعض أهل اللغة أنه بالفتح الطهر ويجمع على فمول كحرت وحروث وضرب وضروب ، والقراء بالضم "الحيض" ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال .

قال في المسالك^(١) بعد نقل ذلك: والأشهر عدم الفرق بين الضم والفتح وأنه يقع على الحيض والطهر جميعاً بالاشتراك اللفظي أو المعنوي .

أقول: في كتاب المصباح المنير^(٢) للفيومي: والقراء فيه لغتان: الفتح وجمعه قراء وأقراء مثل فلس وأفلاس وأفلس ، والضم ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال ، قال أئمة اللغة. ويطلق على الطهر والحيض ، وحكاه ابن فارس أيضاً . انتهى ، وهو ظاهر في القول المشهور كما أشار إليه شيخنا المذكور .

وكيف كان فقد اختلفوا في إطلاق هذا اللفظ عليهما ف قيل: إنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض ، فإن القراء بمعنى الجمع والطهر هو الذي يجمع الدم في بدنها ويحبسه في الرحم ، وقيل بالعكس لأن المرأة لا تسمى من ذوات الأقراء إلا إذا حاضت ، وقيل : الأشهر الأظهر أنه مشترك بينهما كسائر الأسماء المشتركة ، ورجح الأولان بأن المجاز خير من الاشتراك ، ويرده نص "أهل اللغة على الاشتراك كما عرفت من عبارة المصباح المنير ، ولا رجحان للمجاز عليه بعد ثبوته .

الثاني : المراد بالمستقيمة الحيض هي من كان الحيض يأتيها على عادة النساء في كل شهر مرة ، وفي معناها من كانت تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة أشهر ، فإن حكمها الاعتداد بالأقراء كما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

وفسر هاشيخنا في المسالك^(٣) بأنها معتادة الحيض وقتاً وعدداً ، وفي حكمها

(١) مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٥ .

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٦٨٧ مع اختلاف يسير .

(٣) قال قدس سره [مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٦]: المراد بمستقيمة الحيض معتادة

معتادته وقتاً خاصةً و أورد عليه بأقنه غير واضح ، لأن من اعتادت الحيض فيما زاد على ثلاثة أشهر لا تعتد بالاقراء وإن كانت لها عادة وقتاً وعدداً ، انتهى وهو جيد .

الثالث : لا خلاف بين العلماء من الخاصة والعامة في أن الحرية المطلقة المدخول بها ومن في معناها إذا كانت على الوجه المتقدم تعتد بثلاثة أقراء كما قال عز شأنه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » ^(١) و هو خبر في معنى الأمر . وإنما الخلاف في المراد من الآية و أنه أي المعنيين الطهر أو الحيض ؟ لما عرفت من إطلاقه عليها ، والمعروف من مذهب الأصحاب أنه الطهر ؛ وعليه تدل جملة من الأخبار ، وقيل : إنه الحيض ، وعليه تدل جملة منها أيضاً .

فمن الأخبار الدالة على الأول ما رواه في الكافي ^(٢) عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : أصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع بشهادة عدلين ، فقال : إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحلت للأزواج ، قلت له : أصلحك الله إن أهل العراق يروون عن علي عليه السلام أنه قال : هو أحق برجعته مالم تنقسل من الحيضة الثالثة ، فقال : كذبوا . وعن زرارة ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح قال : المطلقة إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد بات منه .

وعن زرارة ^(٤) في الموثق بأسانيد عديدة عن أبي جعفر عليه السلام قال : أول دم رآته

وقتاً وعدداً ، وإن استحيضت بعد ذلك فإنها ترجع في الحيض إلى عاداتها وتجعل ما سواها طهراً وفي حكمها المعتادة وقتاً خاصة لأنها بحسب أوله مستقيمة الحيض ، وإنما يلحق بالمضطربة في آخره . انتهى (منه - قدس سره -) .

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٦ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٢٣ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٦ ب ١٥ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٨ ب ١٥ ح ٧ و ٩ .

من الحيضة الثالثة فقد بانث منه .

وعن إسماعيل الجعفي ^(١) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل طلق امرأته، قال: هو أحق^٢ برجعتها ما لم تقع في الدم من الحيضة الثالثة .

وعن زرارة ^(٢) في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال: المطلقة توث وتورث حتى ترى الدم الثالث، فإذا رأته فقد انقطع .

وعن زرارة ^(٣) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: المطلقة تبين عند أول قطرة من الدم في القرء الأخير .

وعن إسماعيل الجعفي ^(٤) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال: في الرجل يطلق امرأته، فقال: هو أحق^٥ برجعتها ما لم تقع في الدم الثالث .

وما رواه في التهذيب ^(٦) عن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: إنني سمعت ربيعة الرأي يقول: إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة بانث منه، وإنما القرء ما بين الحيضتين، وزعم أنه إنما أخذ ذلك برأيه، فقال أبو جعفر عليه السلام: كذب، لعمري ما قال ذلك برأيه ولكنه أخذ عن علي عليه السلام، قال: قلت: وما قال علي فيها؟ قال: كان يقول: إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها ولا سبيل له عليها، وإنما القرء ما بين الحيضتين، وليس لها أن تتزوج حتى تغتسل من الحيضة الثالثة، وعن محمد بن مسلم ^(٧) عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل يطلق امرأته متى تبين منه؟ قال: حين يطلع الدم من الحيضة الثالثة تملك نفسها، قلت: فلها

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٧ ح ٤ و٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٧ ب ١٥ ح ٢ و٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٧ ح ٧ و٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٩ ب ١٥ ح ١٠ و١١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٨ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١٢٣ ح ٢٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٧ ب ١٥ ح ٤ وما في المصادر «وما قال فيها علي».

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٨ ح ١١، التهذيب ج ٨ ص ١٢٤ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٢ ب ١٦ ح ١.

أَنْ تَتَزَوَّجَ فِي تِلْكَ الْحَالِ؟ قَالَ: نَعَمْ، وَلَكِنْ لَا تُمْكِنُ مِنْ نَفْسِهَا حَتَّى تَطْهَرَ مِنَ الدَّمِ .
وَمَادَّاهُ فِي الْكَافِي^(١) عَنْ زُرَّادَةَ فِي الصَّحِيحِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ « قَالَ: الْمَطْلُوقَةُ بَيْنَ
عِنْدَ أَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ » قَالَ: قُلْتُ: بَلْغَنِي أَنَّ رِبْعَةَ الرَّأْيِ قَالَ: مِنْ
رَأْيِي أَنَّهَا تَبِينُ عِنْدَ أَوَّلِ قَطْرَةٍ ، فَقَالَ: كَذَبَ مَا هُوَ مِنْ رَأْيِهِ ، إِنَّمَا هُوَ شَيْءٌ بَلَّغَهُ
عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ .

وَعَنْ زُرَّادَةَ^(٢) فِي الصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنِ « قَالَ: سَمِعْتُ رِبْعَةَ الرَّأْيِ يَقُولُ:
إِنَّ مِنْ رَأْيِي أَنَّ الْأَقْرَاءَ الَّتِي سَمَّى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي الْقُرْآنِ إِنَّمَا هِيَ الطَّهْرُ بَيْنَ
الْحَيْضَتَيْنِ ، فَقَالَ: كَذَبَ أَمْ يَقُلُهُ بِرَأْيِهِ ، وَلَكِنَّهُ إِنَّمَا بَلَّغَهُ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، فَقُلْتُ:
أَصْلَحَكَ اللَّهُ كَانَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَقُولُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ إِنَّمَا الْقُرْءُ الطَّهْرُ تَقْرَأُ فِيهِ الدَّمُ
فَتَجْمَعُهُ فَإِذَا جَاءَ الْحَيْضُ دَفَعْتَهُ .

وَعَنْ زُرَّادَةَ^(٣) فِي الصَّحِيحِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ « قَالَ: الْقُرْءُ مَا بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ .
وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ^(٤) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الصَّحِيحِ أَوْ الْحَسَنِ مِثْلَهُ .
وَعَنْ زُرَّادَةَ^(٥) عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْحَسَنِ « قَالَ: الْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ .
وَعَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ^(٦) « قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمَرْأَةِ
إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا مَتَى تَكُونُ هِيَ أَمْلَكَ بِنَفْسِهَا؟ قَالَ: إِذَا رَأَتْ الدَّمَ مِنَ الْحَيْضَةِ
الثَّلَاثَةِ فَهِيَ أَمْلَكَ بِنَفْسِهَا ، قُلْتُ: فَإِنْ عَجَّلَ الدَّمَ عَلَيْهَا قَبْلَ أَيَّامِ قُرْئِهَا؟ فَقَالَ:
إِذَا كَانَ الدَّمُ قَبْلَ عَشْرَةِ أَيَّامٍ فَهُوَ أَمْلَكَ بِهَا وَهُوَ مِنَ الْحَيْضَةِ الَّتِي طَهَّرْتَ مِنْهَا ، فَإِنْ

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٨ ب ١٥ ح ٨ وفيهما وعن أبي عبد الله .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٥ ب ١٤ ح ٤ مع اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٢٢ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٤ ب ١٤ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٩ ح ٤ وفيه وعن أبي عبد الله ، التهذيب ج ٨ ص ١٢٣ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٤ ب ١٤ ح ٣ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ٨٨ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٣ ب ١٧ ح ١ .

كان الدم بعد العشرة أيام فهو من الحيضة الثالثة وهي أملك بنفها .
 ومارواه الفضل بن الحسن الطبرسي في كتاب مجمع البيان والعباشي في تفسيره^(١)
 عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام "أن علياً عليه السلام كان يقول: إنما القراء الطهر يقرأ فيه
 الدم فتجمعه فإذا جاء الحيض قذفته، قلت: رجل طلق امرأته طاهراً من غير جماع
 بشهادة عدلين، قال: إذا دخلت في الحيضة الثالثة انقضت عدتها وحلت للأزواج،
 قلت: إن أهل العراق يروون أن علياً عليه السلام يقول: إنه أحق برجعتها مالم تنفسل
 من الحيضة الثالثة، فقال: كذبوا .

هذا ما وقفت عليه من الأخبار الدالة على القول المشهور وهي كما ترى
 فيه واضحة الظهور، وما دل منها كما هو المصريح به في أكثرها على أن انقضاء
 الأطهار الثلاثة تحصل بالدخول في الدم الثالث مبني على عد الطهر الذي طلقت
 فيه، وأنه في الغالب يكون الحيض بعده متأخراً عنه بزمان وإن قصر، إلا فلو
 فرض حصول أول الحيض بعد انقضاء صيغة الطلاق بلا فصل فإنها لا تخرج من
 العدة برؤية الدم الثالث حيث إنه لم يسبق لها إلا طهران خاصة، بل لا بد
 من الطهر بعد الدم الثالث، وبذلك صرح الشيخان وغيرهم كما سيأتي ذكره
 إن شاء الله تعالى .

وأما ما يدل على القول الآخر فمن ذلك ما رواه الشيخ في التهذيب^(٢) في
 الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة التي تحيض ويستقيم حيضها
 ثلاثة أقراء وهي ثلاث حيض .

وعن أبي بصير^(٣) وهو المرادي في الصحيح مقطوعاً مثله، وملهما الشيخ في
 التهذيبين تارة على التقيّة، وأخرى على عدم استيفاء الثالثة .

(١) مجمع البيان ج ٢ ص ٣٢٦، تفسير العياشي ج ١ ص ١١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣١
 ب ١٥ ح ١٩ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢٦ ح ٣٣ و ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٥ ب ١٤ ح ٧ وفيه .

وعن القداح ^(١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال علي عليه السلام : إذا طلق الرجل المرأة فهو أحق بها ما لم تغتسل من الثالثة .
وعن إسحاق بن عمار ^(٢) عمن حدّثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاءت امرأة إلى عمر فسألته عن طلاقها ، قال : اذهبي إلى هذا فاسأليه - يعني علياً عليه السلام - فقالت لعلي عليه السلام : إن زوجي طلقني ، قال : غسلت فرجك ؟ قال : فرجعت إلى عمر فقالت : أرسلتني إلى رجل يلعب ، قل : فردها إليه مرتين كل ذلك ترجع فتقول : يلعب ، قال : فقال لها : انطلقِي إليه فإنه أعلمنا ، قال : فقال لها علي عليه السلام : غسلت فرجك ؟ قالت : لا ، قال : فزوجك أحق ببيضك ما لم تغتسل فرجك .

وعن محمد بن مسلم ^(٣) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يطلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع يدعها حتى تدخل في قرئها الثالث ويحضر غسلها ثم يراجعها ويشهد على رجعتها ، قال : هو أملك بها ما لم تحل لها الصلاة .
وعن الحسن بن زياد ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : هي ثرث وتورث ما كان له الرجعة من التطليقتين الأولى حتى تغتسل .

هذا ما حضرني من الأخبار الدالة على القول الآخر ، والشيخ كما عرفت قد حملها على التقيّة ، وحمل خبر عمر على التقيّة في الفتوى أدنى الرواية .
ونقل عن شيخه المفيد رحمه الله عليه أنه قال : إذا طلقها في آخر طهرها اعتدت بالحيض ، وإن طلقها في أوله اعتدت بالأطهار ، وجعله وجه جمع بين الأخبار ، ثم قال : وهذا وجه قريب غير أن الأولى ما قدمناه .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٢٥ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٥ ب ١٤ ح ١٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢٥ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٩ ب ١٥ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٢٧ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٠ ب ١٥ ح ١٥ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٢٧ ح ٣٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٠ ب ١٥ ح ١٦ وفيهما اختلاف يسير .

أقول: لا يخفى قرب ما قرره من تأويل الشيخ المفيد، إلا أن الأخبار خالية من الإشارة إليه فضلاً عن الدلالة عليه، والمعتمد هو الحمل على التقيّة كما يشير إليه صحيح زرارة المتقدم في صدر الأخبار حيث كذب عليه السلام أهل العراق فيما نقلوه عن علي عليه السلام من جعل الأقراء هي الحيض بعد أن أسند إليهم، ونحوه الرواية المنقولة من كتاب مجمع البيان وتفسير العياشي.

وقد تضمنت جملة من الروايات المذكورة أن مذهب علي عليه السلام إنما هو كون القراء بمعنى الطهر، ولعل ما تضمنه خبر المرأة التي سألت عمر هو مستند أهل العراق فيما نقلوه عن علي عليه السلام من أن القراء بمعنى الحيضة، إلا أنه يتنافى تكذيبه عليه السلام فيما نقلوه.

واحتمل في التهذيبين ^(١) في خبر المرأة أن يكون على وجه إضافة المذهب إليهم فيكون قول أبي عبد الله عليه السلام: قال علي عليه السلام: إن هؤلاء يقولون كذلك، لأنه يكون مخبراً في الحقيقة عن أمير المؤمنين عليه السلام، قال: وقد صرح أبو جعفر عليه السلام في رواية زرارة وغيرها بأنهم كذبوا على علي عليه السلام. انتهى، وهو في مقام الجمع بين هذه الأخبار غير بعيد، وبه ترتفع المناقاة المتقدم ذكرها.

وبذلك يظهر أن المعتمد هو القول المشهور لما عرفت من تضافر الأخبار به مؤيدة بفتوى الطائفة بذلك.

الرابع: لا خلاف بين الأصحاب في أنها تحتسب بالطهر الذي طُلقت فيه، فيكون أحد الأطهار الثلاثة الموجبة للخروج من العدة. قال السيد السند في شرح النافع: هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب، وظاهرهم أنه موضع وفاق. أقول: وتدل عليه الأخبار المتقدمة الدالة على أنها بالدخول في الدم الثالث فقد انقضت عدتها، فإنه مبني كما عرفت آنفاً على الاحتساب بالطهر الذي طُلقت فيه كما أوضحناه آنفاً لأن هذا هو الغالب، فمن أجل ذلك بني عليه

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٢٥ ذيل ح ٣٢. الاستبصار ج ٣ ص ٣٢٩ ذيل ح ٨.

إطلاق الأخبار ، فإن وقوع الطلاق على وجه يكون الحيض بعده بلا فصل نادر عند الندور. ولو اتفق ذلك بأن حاضت بعد انتهاء لفظ الطلاق ولم يحصل زمان بين الطلاق والحيض صح الطلاق لوقوعه في الطهر ، و لم يحسب ذلك الطهر من العدة، لأنه لم يعقب الطلاق بل يفتر ذلك إلى ثلاثة قروء مستأنفة بعد الحيض. الخامس : أطلق المحقق في النافع انقضاء العدة في رؤية الدم الثالث كما هو ظاهر إطلاق الأخبار، وقيدته في الشرائع بما إذا كانت عاداتها مستقرة بالزمان. قال : و إن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض آخذاً بالاحتياط، و مرجعه إلى اشتراط أن يكون أول الحيض منضبطاً، وفي ذلك إنما يكون في المعتادة وقتاً وعدداً و في المعتاد وقتاً ، أما لو اختلفت عاداتها وقتاً و لم تكن مستقرة بأن كانت تحيض تارة في أول الشهر و أخرى في وسطه و تارة في آخره فإنها بالنسبة إلى أوله كالمضطربة فلا يحكم بانقضاء العدة إلا مع العلم بكونه حيضاً ، وذلك بعد مضي ثلاثة أيام .

أقول : الكلام هنا مبني على ما تقدم تحقيقه في باب الحيض من كتاب الطهارة^(١) من أن المبتدئة والمضطربة هل تحيض برؤية الدم؟ أو تستظهر للعبادة بأن لا تتحيض إلا بعد مضي ثلاثة أيام ؟ قولان ، وفي المسألة قول ثالث اختاره السيد السند في المدارك ، وهو أنها تتحيض برؤية الدم إذا كان بصفة دم الحيض، وإلا فإنها إنما تتحيض بعد الثلاثة الأيام ، فعلى القول بأنها تتحيض بمجرد رؤية الدم جرى الإطلاق في عبارة النافع ، وهو أنها تخرج من العدة برؤية الدم الثالث للمحكم بكونه حيضاً بمجرد رؤية الدم بعد الطلاق ، وعلى القول الثاني لا تخرج من العدة إلا بعد مضي الثلاثة لتحقق كونه حيضاً بعدها، واحتمال عدم الحيض قبل إتمامها .

(١) الحدائق ج ٣ ص ٢٣٤ .

ويحتمل في عبارة الشرائع أنه وإن قلنا بأن المضطربة واختها تحيضان بمجرد رؤية الدم إلا أن الأحوط للعدة الأخذ بالقول الآخر ، وهذا هو الظاهر من العبارة فإن التعبير بالاحتياط إنما ينطبق على هذا المعنى ، والذي حققناه في باب الحيض كما تقدم في كتاب الطهارة أنه لا دليل على اعتبار الترييض ثلاثة أيام كما قالوه ، والأخبار الواردة في المسألة صريحة في التحيض ، بمجرد رؤية الدم في المضطربة والمبتدئة ، وحينئذ فلا إشكال ، وما ادعى من الاحتياط هنا يتوقف على وجود الدليل على اعتبار الثلاثة في تلك المسألة ، وعلى هذا جرى إطلاق أخبار المسألة هنا كما لا يخفى .

السادس: قد صرح الأصحاب بأن أقل زمان تنقضي به العدة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، واللحظة الأخيرة ليست من العدة وإنما هي دالة على الخروج . وبيانه : أنه يمكن أن يفرض أن يطلقها وقد بقي من الطهر لحظة بعد الطلاق ، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام ، ثم تطهر أقل الطهر عشرة ، والجميع ثلاثة عشر يوماً ولحظة وقد حصل لها طهران ، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثة أيام ، ثم تطهر أقل الطهر عشرة ، فهذه ثلاثة عشر أخرى ، والجميع ستة وعشرون يوماً ولحظة ، ثم تحيض بعد تمام العشرة الأخيرة وبالحيض لحظة من أوله يتبين انقضاء الطهر الثالث وتمامه ، فتكون هذه اللحظة الأخيرة من الحيض كاشفة عن الخروج من العدة ، ولا مدخل لها في العدة لانقضائها بالطهر الثالث ، وحينئذ فأقلها في الحقيقة ستة وعشرون يوماً ولحظة ، وهي التي من أولها لا غير ، وقيل بأن اللحظة الأخيرة جزء من العدة ، ونسب إلى الشيخ لتوقف انقضاء العدة عليها فكانت كغيرها من الأجزاء ، ولا ريب في ضعفه ، فإن مجرد توقف انقضاء العدة عليها لا يستلزم كونها جزء منها ، وإنما هي كاشفة عن سبق انتهاء الطهر الثالث الذي هو نهاية العدة ومظهر الخلاف في الرجوع في تلك اللحظة ، فتصح على قول الشيخ المذكور ، لأنها من العدة وتبطل على المشهور ، وكذا فيما لو

تزوجت بغيره، فيها فيصح" على المشهور ويبطل على قول الشيخ، وفيما لومات الزوج فيها فعلى المشهور ينتفي الارث وعلى قول الشيخ نرث .

هذا ، وما ذكر من أن "أقل" ما تنقضي به العدة المدة المذكورة مبني على الغالب ، وإن كان أيضاً في حد ذاته نادراً ، إلا أنه قد يتفق أيضاً فيما هو أقل من ذلك ، بأن يطلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس بلحظة ، ثم ترى دم النفاس لحظة لأنه محسوب بحيضة وإن كان لحظة كما تقدم في بابه ، فإذا رأت بعد الطلاق دم النفاس لحظة ثم مضى لها أقل الطهر ثم رأت الدم ثلاثة أيام أقل الحيض ثم انقطع عشرة أيام ثم رأت الدم الثالث انقضت عدتها بأول لحظة من الدم الثالث ، ومجموع ذلك ثلاثة وعشرون يوماً وثلاث لحظات ، والكلام في اللحظة الأخيرة هنا كما سبق من الدخول والخروج .

السابع : لو اختلف الزوجان فادعت المرأة بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق ليكون أول الأطهار الثلاثة وتقص بذلك العدة وأنكر الزوج ذلك بأن ادعى وقوع الحيض بعد الطلاق بلافاصلة لتكون الأطهار الثلاثة متأخرة عن الحيض فتطول مدة العدة ليمكن من الرجوع فيها ، والمعروف من كلام الأصحاب و عليه تدل ظواهر الآيات والأخبار الدالة على الرجوع إليها في الحيض والطهر أن القول قول المرأة هنا وإن كان معه أصالة بقاء العدة واستصحاب حكم الزوجية ، إلا أنك قد عرفت أن دليل تقديم قولها أقوى ، للآية والرواية ، وهي مقدمة على دليل الاستصحاب وإن كان حجة في هذا الباب ، لأن مرجعه إلى الاستناد إلى عموم الدليل وإطلاقه .

بقي الكلام في النفقة في المدة الزائدة على تقدير دعواه ، فمقتضى ما ادعته أنها لا تستحق فيها نفقة لخروجها من العدة ، فإن كان قد دفعها إليه لم يرجع بها ، لأنه معترف باستحقاقها لذلك ، فليس له انتزاعها ، وإن لم يكن دفعها لم يكن لها المطالبة بها لا عترافها بعدم الاستحقاق .

قال في المسالك بعد ذكر نحو ذلك: ويحتمل جواز أخذها منها في الأول لما تقدم من أن شرط استحقاق المطلقة رجعيًا النفقة بقاؤها على الطاعة كالزوجة، وبإدعائها البيونة لا يتحقق التمكين من طرفها، فلا تستحق نفقة على القولين، فله المطالبة بها حينئذٍ، فلا يكون كالمال الذي لا يدعيه أحد لأن ما لكه هنا معروف، ويمكن الفرق بين عدم التمكين المستند إلى دعوى البيونة وبينه على تقدير الاعتراف ببقاء العدة بالنسبة إليه، لأنها بزعمها ليست ناشئة في الأول بخلاف الثاني. والأجود الأول، انتهى.

المقام الثالث: في المسترابة، وهي المسترابة الحيض أو الحمل، وتسمى ذات الشهور، وما يلحق بذلك من الأحكام، وفيه بحوث:

الاول: في المسترابة بالحيض، وهي التي لا تحيض مع كونها في سن من حيض، فإنها تعتد من الطلاق والفسخ - وفي معناها وطء الشبهة - بثلاثة أشهر إذا كانت حرة تحت عبد أو حر، ولا فرق عندهم في كون انقطاع حيضها خلفياً أو لعارض من حمل أو إرضاع أو مرض، فإنها تعتد بالأشهر الثلاثة لظاهر عموم قوله عز وجل «واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن»^(١) أي فعدتهن كذلك.

قال في كتاب مجمع البيان^(٢) للطبرسي «واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم، فلا تدرون لكبر ارتفع حيضهن أم لعارض فعدتهن ثلاثة أشهر، وهن اللواتي أمثالهن يحضن، لأنهن لو كن في سن من لا تحيض لم يكن للارتباب معنى، وهذا هو المروي عن أئمتنا عليهم السلام، انتهى.

(١) سورة الطلاق - آية ٤.

(٢) مجمع البيان ج ١٠ ص ٣٠٦.

وعلى هذا فالريية تتحقق بأن تكون في سن "من تحيض ولا تحيض"، أما من لا تحيض مثلها فلا رية فيها، وحينئذٍ فيحمل قوله تعالى «واللائي لم يحضن» على من كان انقطع الحيض عنها خلقه وطبيعة، والظاهر أن المراد من اليأس من الحيض في الآية ليس ما يتبادر من ظاهر اللفظ، بل المراد منه أن ينقطع عنها الدم ثلاثة أشهر فصاعداً، فإن الاعتداد بالأشهر هو والذي سيقف له الآية إنما يترتب على ما قلناه لا على اليأس منه بالكلية، إذ لأعدة على اليأس.

وينبغي أن يعلم أن ظاهر الآيات والأخبار أن الأصل في عدة الحامل الأقراء وأما الاعتداد بالأشهر فإنما هو لفقد الأقراء، قال عز وجل «والمطلقات يتربصن بأنفسهن» ثلاثة قروء، وقال سبحانه «واللائي يئسن من المحيض من نسائكم» إلى قوله «واللائي لم يحضن» فاشتراط في اعتدادهن بالأشهر فقد الأقراء من حيث عدم الحيض.

وأما الأخبار الواردة في المقام فهي مستفيضة، ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) في الحسن أو الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام «قال: أمران أيتهما سبق بانت به المطلقة المستراة تستريب الحيض إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت به، وإن مرت بها ثلاثة حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض. قال ابن أبي عمير: قال جميل: وتفسير ذلك إن مرت ثلاثة أشهر إلا يوماً فحاضت، ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوماً فحاضت، ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوماً فحاضت، فهذه تعد بالحيض على هذا الوجه ولا تعد بالشهور، وإن مرت ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت».

ومارواه في الكافي^(٢) عن زرارة في الموثق عن أحدهما عليهما السلام «قال: أي

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ و ١٠٠ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١١٨ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤١١ ب ٤ ح ٣، وما في المصادر اختلاف يسير.

الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدتها ، وإن مرت بها ثلاثة أشهر لا ترى فيها دماً فقد انقضت عدتها ، وإن مرت ثلاثة أقراء فقد ضمت عدتها .

و عن الحلبي ^(١) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا ينبغي للمطلقة أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تمضي عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن لم تحض . وعن داود بن سرحان ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة المطلقة ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن لم تكن تحيض .

وعن محمد بن مسلم ^(٣) في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام قال : في التي تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة أو في ستة أو في سبعة أشهر ، والمستحاضة التي لم تبلغ الحيض و التي تحيض مرة و ترتفع مرة و التي لا تطمع في الولد و التي قد ارتفع حيضها وزعمت أنها لم تياس و التي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم ، فذكر أن عدة هؤلاء كلهن ثلاثة أشهر .

و عن أبي العباس ^(٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعدما ولدت و طهرت و هي امرأة لا ترى دماً ما دامت ترضع ، ماعدتها ؟ قال : ثلاثة أشهر .

أقول : وقد اشتركت هذه الأخبار في الدلالة على ما أشرنا إليه آنفاً من أن الاعتداد بالأشهر إنما هو مع عدم إمكان حصول الأقراء ، وأنه مع إمكان حصول الأقراء فأيهما سبق اعتدت به ، وبه يظهر أن المراد بالياس في الآية الذي رتب عليه الاعتداد بالأشهر إنما هو انقطاع الدم ثلاثة أشهر فصاعداً كما تقدم ذكره ، وعليه دلت الأخبار .

بقي هنا شيء و هو أن ظاهر حسنة زراة أو صحيحته و هي المتقدمة في

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٤ ب ١٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٢ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ١ و ٦ .

صدر هذه الروايات أنه متى مرت بها ثلاثة أشهر بيض قبل الثلاث حيض تعتد بها، ومتى مرت بها ثلاثة حيض لم يتخلل بينها ثلاثة أشهر بيض اعتدت بها. وربما يستفاد منها الاكتفاء بثلاثة أشهر بيض وإن تخللت بين الحضتين، ولا تخصص بالسبق كما يعطيه ظاهر كلام الأصحاب، إلا أن فيه ماسيأتي التنبيه عليه إن شاء الله.

وحينئذ فلو فرض أن حيضها إنما يكون فيما زاد ثلاثة أشهر ولو ساعة وطلقت في أول الطهر فمضت الثلاثة من غير أن ترى الدم فيها اعتدت بالأشهر، ولو فرض كونها معتادة الحيض في آخر كل ثلاثة بحيث لم تسلم لها ثلاثة أشهر بيض لم تعتد بالأشهر.

واستشكل ذلك في المسالك^(١) بعد ذكر نحو ما ذكرناه قال: ويشكل على هذا بما لو كانت عاداتها أن تحيض في كل أربعة أشهر مثلاً مرة، فإنه على تقدير طلاقها في أول الطهر أو ما قاربه بحيث يبقى له منه ثلاثة أشهر بعد الطلاق تنقضي عدتها بالأشهر كما تقرر، لكن لو فرض طلاقها في وقت لا يبقى من الطهر ثلاثة أشهر تامة كان اللازم من ذلك اعتدادها بالأقراء، وربما صارت عدتها سنة وأكثر على تقدير وقوع الطلاق في وقت لا يتم بعده ثلاثة أشهر بيضاً، والاجتزاء بالثلاثة على تقدير سلامتها، فتختلف العدة باختلاف الطلاق الواقع بمجرد الاختيار مع كون المرأة من ذوات العادة المستقرة في الحيض، ويقوى الاشكال لو كانت لا ترى الدم إلا في كل سنة أو أزيد، فإن عدتها بالأشهر على المعروف في النص والفتوى ومع هذا فيلزم مما ذكره هنا من القاعدة أنه لو طلقها في وقت لا يسلم بعد الطلاق ثلاثة أشهر أن تعتد بالأقراء وإن طال زمانها، وهذا بعيد مناف لما قالوه من أن أطول عدة تفرض عدة المستربة وهي سنة أو تزيد ثلاثة أشهر كما سيأتي. ولو قيل بالاكتفاء بثلاثة أشهر إما مطلقاً أو بيضاً كما لو خلت من الحيض ابتداءً كان

(١) مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٨.

حسناً ، انتهى كلامه .

أقول: الظاهر عندي في الجواب عن هذا الاشكال الذي عرض له -رحمة الله عليه - في هذا المجال هو أن المتبادر من المعتادة كما تقدمت الإشارة إليه في الموضوع الثاني من سابق هذا المقام هي من كانت الحيض يأتيها على عادة نسائها وأمثالها في كل شهر مرة، فإن هذا الفرد هو الغالب المتكرر المتكثّر دون من تعتاد ذلك في كل أربعة أشهر أو خمسة أو أزيد ، فإن ذلك من الفروض النادرة ، وقد عرفت في غير مقام أن من القواعد المقررة بينهم حمل إطلاق الأخبار على الأفراد الشائعة المتكررة، فإنها هي التي ينصرف إليها الإطلاق دون الفروض النادرة، وحينئذ فجميع من ذكره من هذه الفروض النادرة إنما يعتدون بالأشهر خاصة، وتخرج صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة شاهدة على ذلك حيث عدّ ممن يعتدون بالأشهر من تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة أو في ستة أو في سبعة .

أقول: ونحوها ما زاد على ذلك، فإن ما ذكره ~~في الأصل~~ إنما خرج مخرج التمثيل، ومن ثمّ إنّه نقل في المسالك عن المصنّف والعلامة في كتبه أن من كانت لا تحيض إلّا في كل خمسة أشهر أو ستة أشهر عدتها بالأشهر وأطلق، وزاد في التحرير: أنها متى كانت لا تحيض في كل ثلاثة أشهر فصاعداً اعتدت بالأشهر ولم تعتد بفروض الحيض في أثنائها كما فرضناه، ثمّ نقل صحيحة محمد بن مسلم المذكورة وقال بعدها: وهي تؤيد ما ذكرناه ، انتهى .

وبالجملة فإن المعتادة التي حكمها التحيض بالأقراء هي التي تعتاد الحيض في كل شهر مرة ، وفي معناها من تعتاد الحيض فيما دون الثلاثة ، وعلى هذا فلو كانت تعتاد الحيض في كل أربعة أشهر مرة مثلاً وطلقت في وقت لا يسلم لها ثلاثة أشهر بيض فإنها تعتد بالأشهر ، وتحسب مبدأ الثلاثة الأشهر من طهرها من الحيض الذي عرض لها بعد الطلاق حتّى يكمل الثلاثة .

بقي الاشكال هنا فيمن تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة ، فإن ظاهر كلامه

الاكتفاء بها في الخروج من العدة كما أشار إليه بقوله «ولو قيل... إلخ»
ومما يؤيد ما ذكره من الاكتفاء بثلاثة أشهر مطلقاً يعني وإن لم يكن بيضاً
صحيحة محمد بن مسلم الدالة على أن «من تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة فإنها تعدت»
بالشهور .

ونحوها صحيحة أبي مريم ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام وعن الرجل كيف يطلق
امرأته وهي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضة واحدة فقال : يطلقها تطليقة واحدة
في غرة الشهر، فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلقها فقد بانت منه، وهو خاطب
من الخطاب .

إلا أن ظاهر صحيحة زرارة ^(٢) المتقدمة الاعتماد في هذه الصورة بالأقراء
كما عرفته من تفسير جميل للرواية المذكورة، ولهذا أن السيد السند في شرح
النافع حمل الروایتين الودتين على من تحيض بعد الثلاثة الأشهر ولا يخفى بعده، فإن
مفاد لفظة «في» هو ظرفية وكون الحيض في أثناء الثلاثة لا بعدها .

ومثل الروایتين أيضاً رواية أبي بصير ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في
المرأة يطلقها زوجها وهي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضة ، فقال : إذا انقضت
ثلاثة أشهر انقضت عدتها ، تحسب بهالكل شهر حيضة .

وظاهر هذه الروايات كما ترى هو أن من كانت عادتھا في الحيض في كل ثلاثة
أشهر فإنها تعدت بالأشهر، ولا قائل به من الأصحاب بل ظاهرهم الاتفاق على اعتدادها
بالأقراء كما تقدم في كلام جميل في ذيل صحيحة زرارة، وهو ظاهر الصحيحة المذكورة
وغيرها، ولكن هذه الأخبار كما ترى على خلافه. وما تأولوها به مما قدمنا نقله
عن السيد السند وكذا ما يأتي من تأويل الشيخ بعيد غاية البعد ، إلا أن الأوفق

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٢٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٨ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٢٠ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ٢.

بالقواعد هو ما عليه الأصحاب .

وقد وقع نحو ذلك من الاشكال أيضاً فيمن تعتاد الحيض في كل خمسة أشهر أو ستة أشهر مثلاً مرة واحدة، فإن المفهوم من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف أنها تعتد بالأشهر لحصول ثلاثة أشهر بيض في تلك المدة فتخرج بها من العدة، وعليه تدل صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة وصحيحة زرارة أو حسنته المتقدمة أيضاً وغيرهما . وأدلى بالحكم المذكور منهما مالو كانت تحيض في كل سنة أو سنتين مرة ، فإنها تعتد بالأشهر أيضاً .

وبدل على ذلك ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن زرارة وقال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن التي لا تحيض إلا في ثلاث سنين أو أربع سنين، قال: تعتد ثلاثة أشهر ثم تزوج إن شاءت .

إلا أنه قد ورد بإزائها من الأخبار ما يدل على اعتدادها بالأقراء كما رواه في التهذيب^(٢) عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام في التي لا تحيض إلا في ثلاث سنين أو أكثر من ذلك، قال: تنتظر مثل قرونها التي كانت تحيض إلا في استقامتها، ولتعتد ثلاثة قروء وتزوج إن شاءت .

وعن الغنوي^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام قال في المرأة التي لا تحيض إلا في ثلاث سنين أو خمس سنين، قال: تنتظر مثل قرونها التي كانت تحيض فلتعتد ثم تزوج إن شاءت .

وعن أبي الصباح^(٤) قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن التي لا تحيض إلا في

(١) لم نعثر عليه في الكافي، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٢ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٢١ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٣ ب ٤ ح ١١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢١ ح ١٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٤ ب ٤ ح ١٤ وليس فيهما (تنتظر) مع اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٢٢ ح ١٩ و ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٤ و ٤١٥ ب ٤ ح ١٥ و ١٩ وفيهما اختلاف يسير .

ثلاث سنين، قال : تنتظر مثل قرونها التي كانت تحيض في استقامتها، وتعتد ثلاثة قروء ثم تزوج إن شاءت .

وهذه الأخبار حملها في الاستبصار على المستحاضة التي كانت لها عادة مستقيمة تغيرت عن ذلك فتعمل على عادتها السابقة المستقيمة، وحمل أخبار الأشهر على ما إذا لم تكن لها عادة بالحيض أو نسيت عادتها فإنها تعتد بالأشهر .

وفي التهذيب حمل الجميع على من كانت لها عادة مستقيمة وكانت عادتها في كل شهر مرة، قال : وقد ثبت عنه بقوله «تحسب بها كل شهر حيضة على ذلك» يعني في خبر أبي بصير المتقدمة .

وكيف كان فالعمل على ما عليه الأصحاب ودلت عليه تلك الأخبار، وتورد هذه الأخبار إلى قائلها وهو أعلم بها .

البحث الثاني : في المسترابة بالحمل، وهي التي ابتدأت العدة بالأشهر فرأت في الشهر الثالث أو قبله حيضاً، فإن كملت لها ثلاثة قروء بأن حصل لها قرءان بعد الأول وهو السابق على الدم فإنه محسوب بقرء كما تقدم ، ولو أزيد من ثلاثة أشهر ^(١) اعتدت بها وإن تأخرت الحيضة الثانية أو الثالثة فقد استرابت بالحمل. وقد اختلف الأصحاب على قولين : أحدهما - وهو اختيار ابن إدريس والمحقق وهو الذي عليه الأكثر - : أنها تصير مدة يعلم بها براءة رحمها من الحمل وهي عندهم تسعة أشهر من حين الطلاق ، لأنها أقصى الحمل على المشهور ، فإن ظهر بها حمل اعتدت بوضعه ، وإن لم يظهر بها حمل علم ببراءة رحمها واعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر .

(١) قوله «ولو أزيد من ثلاثة أشهر» متعلق بقوله «فإن كملت لها ثلاثة قروء» .

(منه - رحمه الله -)

والأصل في هذا الحكم ما رواه الشيخ في التهذيب^(١) عن سورة بن كليب قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع طلاق السنة وهي ممن تحيض، فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضة واحدة، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أخرى، ولم تدر ما رفع حيضها، قال: إذا كانت شابة مستقيمة الطمث فلم يطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضة ثم ارتفع طمثها فلا تدري ما رفعها فإنها تربص تسعة أشهر من يوم طلقها، ثم تعدد بعد ذلك ثلاثة أشهر ثم تزوج إن شاءت.

واعترض هذا الخبر في المسالك ومثله سبطه السيد السند في شرح النافع (أولاً) بضعف السند.

(ثانياً) بأنها مخالفة للأصل في اعتبار الحمل بتسعة أشهر من حين الطلاق فإنه لا يطابق شيئاً من الأقوال في أقصى الحمل، لأن مدته معتبرة من آخر وطء يقع بها لا من حين الطلاق، فلو فرض أنه كان معتزلاً لها أزيد من ثلاثة أشهر تجاوزت مدته أقصى الحمل على جميع الأقوال، فقد يكون أزيد من شهر فيخالف القولين بالتسعة والعشرة.

(وثالثاً) أن اعتدادها بثلاثة أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل غير مطابق لما سلف من الأصول لأنه مع طرد الحيض قبل تمام الثلاثة - إن اعتبرت العدة بالأقراء وإن طالت كما يقتضيه الضابط السابق - لم يتم الاكتفاء بالثلاثة، وإن اعتبر خلو ثلاثة أشهر ببيض بعد النقاء فالمعتبر بعد العلم بخلوها من الحمل حصول الثلاثة كذلك ولو قبل العلم، لأن عدة الطلاق لا يعتبر فيها القصد إليها بخصوصها، بل لو مضت المدة وهي غير عالمة بالطلاق كفت، فكذلك هنا.

(ورابعاً) أن المستفاد من الأخبار الصحيحة الاكتفاء بمضي ثلاثة أشهر خالية من الحيض، فلو قيل بالاكتفاء بها مطلقاً كان متجهاً، كذا صرح به في شرح النافع.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(و خامساً) أنه ليس في الرواية ما يدل على أنه لمكان الحمل بل في التقييد بالتسعة ما يشعر به، وفي تقييدها بكونها من حين الطلاق ما قد يقتضي خلافه. أقول- وبه سبحانه التوفيق لأدراك كل مأمول وويل كل مسؤول-: إنه لا يخفى أنه قد روى ثقة الاسلام في الكافي^(١) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال: سمعت أبا ابراهيم عليه السلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ثم قد بانت منه. وعن محمد بن حكيم^(٢) في الموثق عن أبي الحسن عليه السلام قال: قلت له: المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها ويرفع حيضها، كم عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر قلت: فإنها ادعت الحمل بعد الثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر، قلت: فإنها ادعت الحمل بعد التسعة أشهر، قال: إنما الحمل تسعة أشهر، قلت: تزوج؟ قال: تحاط بثلاثة أشهر، قلت: فإنها ادعت بعد ثلاثة أشهر، قال: لاربية عليها تزوجت إن شئت.

وعن محمد بن حكيم^(٣) أيضاً في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له: المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرفع طمثها، ما عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قلت: جعلت فداك فإنها تزوجت بعد ثلاثة أشهر فتبين لها بعد ما دخلت على زوجها أنها حامل، قال: هيهات من ذلك يا ابن حكيم، رفع الطمث ضربان: إما فساد من حيض فقد حل له الأزواج وليس بحامل، وإما حامل فهو يستبين في ثلاثة أشهر لأن الله تعالى قد جعله وقتاً يستبين منه الحمل، قال: قلت: فإنها ارتابت بعد ثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر، قلت: فإنها ارتابت بعد تسعة أشهر، قال: إنما الحمل تسعة أشهر، قلت: فتزوج؟ قال: تحاط بثلاثة

(١) و٢ (٣) الكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ١ و٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ ح ١ و٢ وفيهما اختلاف يسير.

أشهر ، قالت : فإن ارتأيت بعد ثلاثة أشهر ؟ قال : ليس عليها ريبة ، تزوج .
ومارواه محمد بن حكيم ^(١) أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام : قال :
قلت له : رجل طلق امرأته ، فلما مضت ثلاثة أشهر ادعت حبلاً ، فقال : ينتظر
بها تسعة أشهر ، قال : قلت : فإنتها ادعت بعد ذلك حبلاً ، فقال : هيها هيها
إنما يرتفع الطمث من ضربين : إما حمل يئس ، وإما فساد من الطمث ، ولكنها
تحتاط بثلاثة أشهر بعد ، الحديث .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام في هذا المقام يقع في مواضع :
الأول : أنه لا يخفى على المتأمل في هذه الروايات أن الاعتداد بتسعة أشهر
ثم ثلاثة بعدها حكم المسترابة بالحمل ، فإنه لا فرد هنا سواها يثبت له هذا الحكم
اتفاقاً نصاً وفتوى ، ورواية سورة المذكورة وإن لم يصرح فيها بالاسترابة كما
في الروايات التي نقلها ، إلا أن إطلافاً محمول على ما صرح به هذه الأخبار لما
عرفت من الاتفاق نصاً وفتوى في أنه ليس هنا فرد يثبت له هذا الحكم غير
المسترابة بالحمل .

وحينئذ فجميع ما أوردوه على الرواية المتقدمة يجري في هذه الأخبار
لاشتراك الجميع في محل هذه الايرادات ، ولا فرق بين ما نقلناه من هذه الروايات
وبين رواية سورة إلا من حيث إن الاسترابة مستندة في هذه الأخبار إلى دعوى
المرأة الحمل ، وفي تلك الرواية إلى رؤية الدم مرة أو مرتين وانقطاعه ، وإلا
فالجميع مشترك في حصول الاسترابة ، وأن حكمها هو ما ذكره في هذه الأخبار ،
والظاهر أن الذي حملهم على هذه الايرادات هو ضعف سند الرواية وعدم المعاضد
لها فيما دلت عليه .

وقد عرفت مما نقلناه من هذه الأخبار التي فيها الصحيح باصطلاحهم والموتق
وتعدد الخبر بذلك أن ذلك غير مختص برواية سورة ، بل هو جارٍ في جميع هذه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٣ ب ٢٥ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

الأخبار ، وحينئذٍ فردها جميعاً بهذه التشكيكات والایرادات من غير مخالف في البين من الأخبار و لا من علمائنا الأبرار إلا إلشاذ النادر غير ملتفت إليه ، بل لا يخلو من الرد على الشارع و الجرأة عليه ، و الواجب العمل بها و تطبيقها على الاصول والقواعد المقررة كما سيظهر لك إن شاء الله .

الثاني: أن ما ذكره من الطعن في الرواية بضعف السند - وهذا الايراد من خصوصيات سبطه السيد السند - ففيه ما عرفت في غير موضع مما تقدم أنه غير مرضي و لا معتمد ، أما (أولاً) فلا يجبر ضعفها بشهرة العمل بها بين الأصحاب ، و أما (ثانياً) فلا اعتضاها بما ذكره من الأخبار ، فإن الحكم بما تضمنته غير منحصر فيها كما عرفت .

الثالث : ما ذكره من مخالفة الرواية للأصل في اعتبار الحمل تسعة أشهر من حين الطلاق ، فإن فيه أن غاية ما تدل عليه الرواية المذكورة أنها تربص تسعة أشهر من يوم طلقها ، و لا تعرض فيها لكون ذلك مدة الحمل ، و مثلها الروايات المذكورة ، على أن موثقتي ابن حكيم^(١) قد صرحا بكون هذه التسعة عدة لها ، و لا يخفى أن من شأن العدة أن يكون مبدؤها بعد الطلاق .

نعم صرح في الموثقتين المذكورتين بأنها بعد الاعتداد تسعة أشهر لا تكون مستراية لأن أقصى الحمل تسعة أشهر ، و قد حصلت ، و لكن هذا لا يستلزم ما ذكره لجواز أن يكون المراد أنه ملأ مضت لها تسعة أشهر من حين الطلاق واعتدت بها فإنه لا استراية عليها لحصول أقصى مدة الحمل ، بمعنى أن عدتها وقعت بما هو أقصى الحمل ، فلا ريب ، غاية الأمر أن العدة الشرعية لها هنا قد وقعت بما هو أقصى الحمل وإن كان ذلك زائداً على مدة أقصى الحمل متى اعتبر من بعد الوطء .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠١ ح ٢ و ٤ .

وبالجملته فالغرض من ذكر التسعة بيان الاعتداد بها ، وأنها تخرج بها وإن استلزم حصول أقصى الحمل بذلك ، فلا إشكال بجمدائه المتعال (١) .

الرابع : ما ذكره بقوله « إن » اعتدادها بثلاثة أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل فإن فيه أن براءة الرحم بعد التسعة كما تضمنته الأخبار المذكورة لا ينافية وجوب الاعتداد بعدها بالثلاثة الأشهر حتى أنه ينسب إلى مخالفة الأصول ، فإنه لا يخفى على الماهر المتأمل في العسل الواردة في الأخبار أنها ليست عللاً حقيقة بدور المعلول مدارها وجوداً وعدمًا ، وعلى تقدير كونها كذلك في بعض الموارد فإنه لا يجب اطّرادها ، وكون ذلك حكماً كلياً . ألا ترى أنه قد ورد النص بأن مشروعية العدة للعام ببراءة الرحم من الحمل ، مع أنه لو طلق زوجته أدماً عنها بعد عشرين سنة لم يقربها فيها بالكليّة لوجب عليها العدة في الموضعين المذكورين .

وحينئذٍ فتصريح الأخبار هنا بوجوب الاعتداد بثلاثة أشهر لا ينافية ملامية براءة الرحم بمضي التسعة ، كما أنه لا منافاة بين وجوب العدة فيما فرضناه مع

(١) أقول ؛ وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في حواشيه على الروضة من أن التبرص تسعة غير مروي لكن عليه أكثر الأصحاب والعمل به أقوى . . . الخ ، وهو عجيب من مثله - قدس سره - مع نقله المسالك [مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٨] رواية سورة بن كليب دليلاً للقول بالتسعة ، وإن اعترضها بما نقلناه عنه من الوجوه المذكورة في الأصل .

ومع قطع النظر عنها فهذه الروايات التي نقلناها ظاهرة في التبرص تسعة أيضاً ، ولعل ما ذكره من إنكار النص بذلك مبني على ما مر منه في المسألة في الأصل وهي من رأت الدم في الأشهر الثلاثة مرة أو مرتين ثم احتبس ، وأن رواية سورة ضعيفة ، فهي في حكم العدم إلا أنك قد عرفت مما ذكرناه في الأصل أن مرجع رواية سورة إلى ما دلت عليه الأخبار المذكورة وإن اختلف وجه الاسترابة بأن امتد إلى تخلف الحيض كما في رواية سورة أو ادعاء المرأة الحبل كما في تلك الروايات ، وأن حكم المسترابة بأي نحو كانت هو ما ذكر من الاعتداد بالتسعة ثم الثلاثة . (منه - قدس سره -) .

معلومية براءة الرحم بمدة تلك العشر السنين .

وأما ما ذكره من أنه مع طرد الحيض قبل تمام الثلاثة إن اعتبرت العدة بالأقراء . . . إلخ فإن لقائل أن يقول: إن إطلاق الأخبار المذكورة يقتضي الاجتزاء بالثلاثة مطلقاً بيضاً كانت أم مشتملة على الحيض ، لأنها قد خرجت من العدة بالتسعة ، وإتّما هذه الثلاثة لمزيد الاحتياط في البراءة من الحمل وهو حاصل بالثلاثة بيضاً كانت أم لا .

على أنك قد عرفت في البحث الأول ورود جملة من الأخبار الدالة على أن من كان عادتها الحيض في كل ثلاثة أشهر مرة فإنها تمتد بها، وإن لم يوافق ذلك مقتضى قواعدهم ، وإليه أشار في المسالك كما قدمنا ذكره ، وقد عرفت بعدما تأولها به فليكن الحكم في هذه الصورة ، كذلك إذا اقتضته الأخبار بل هو أولى ^(١) ممّا دلت عليه تلك الأخبار وإن لم يوافق قواعدهم .

الخامس: أن ما ذكره في شرح النافع من أن الاستفادة من الأخبار الصحيحة الاكتفاء بمضي ثلاثة أشهر خالية من الحيض . . . إلخ فإن فيه أن الظاهر من تلك الأخبار وإن تفاوتت ظهوراً وخفاءً أن المراد إتماماً هو بعد الطلاق ، بمعنى أن أي الأمرين سبق من ثلاثة أشهر بيضاً أو الأقراء الثلاثة فقد بانت به ، للاتفاق نصاً وفتوى ، على أنه متى تمت ثلاثة أشهر بيض بعد الطلاق فإنها تخرج من العدة إلا أن تدعي حبلاً كما دلت عليه روايات محمد بن حكيم ، أمّا لو عرض لها الحيض قبل تمام الثلاثة ولم يحصل بها ثلاثة أقراء متوالية فإنها تكون حينئذٍ مسترابة .

ففي موثقة جميل ^(٢) عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام قال: أي الأمرين

(١) وبيان وجه الأولوية أنه إذا صح الاعتداد بالثلاثة الأشهر المشتملة على الحيض كما دلت عليه الأخبار المشار إليها فالاعتداد بهذه الثلاثة التي إنما زيدت احتياطاً ، وإلا فالعدة الموجبة للخروج لو حصلت بالتسعة أولاً أولى بالصحة ، وهو ظاهر . (منه - قلنس سره -).

(٢) الرواية المنقولة ليست بموثقة جميل بل هي موثقة زرارة التي سيرويها المصنف بعد

سبق إليها فقد انقضت عدتها، إن مرت بها ثلاثة أشهر لا ترى فيها دماً فقد انقضت عدتها، وإن مضت ثلاثة أقراء فقد انقضت عدتها .

وفي رواية أبي مريم^(١) «فإن انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلقها فقد بانت منه» .
وفي موثقة زرارة^(٢) عن أحدهما عليهما السلام وقال: أيّ الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدتها، إن مرت بها ثلاثة أشهر لا ترى فيها دماً فقد انقضت عدتها، وإن مرت بها ثلاثة أقراء فقد انقضت عدتها .

والمراد بالسبق يعني بعد الطلاق، بمعنى أن أيتها تقدم على الآخر فقد حصلت به البينونة، وإلا فصول الثلاثة البيض بعد تقدم الدم مرة أو مرتين غير مجد ولا موجب للخروج من العدة لحصول الاسترابة بالحمل كما دلت عليه رواية سورة^(٣) فإنها قد تضمنت أنه بعد حصول حيضة لها في الثلاثة الأشهر الأولى انقطع الدم عنها ثلاثة أشهر أخرى، وقد حكم عليها بالاسترابة، وأن تعتد بالتسعة ولم يلتفت إلى تلك الثلاثة البيض التي مرت بعد تلك الثلاثة التي فيها الدم .

نعم في صحبة زرارة أو حسنة المتقدمة ما يوهم ذلك كما تقدمت الإشارة إليه إلا أن المفهوم من كلام الأصحاب إنما هو ما ذكرناه.

ويمكن الجواب عن الرواية المذكورة بأن غاية ما تدل عليه بالمفهوم هو أنه إن مرت بها ثلاث حيض وكان بينها ثلاثة أشهر فإنها لا تعتد بالأقراء .
و أنت خبير بأنه لا يلزم من عدم اعتدادها بتلك الثلاثة الأشهر البيض

سطور، أما موثقة جميل فليست بهذه العبارة، راجع: الكافي ج ٦ ص ٩٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ٦٨ ح ١٤٥ وص ١١٨ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤١١ ح ٤١٤ ب ٤ ح ١٢٠ .

- (١) التهذيب ج ٨ ص ١٢٠ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ ح ٣.
- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١١٨ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤١١ ب ٤ ح ٣ وما في المصادر اختلاف يسير.
- (٣) التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٣ ب ١٣ ح ٢.

لجواز أن يرجع حكمها إلى المسترابة كما قلنا ، فتعتمد بتسعة أشهر ثم الثلاثة كما دل عليه خبر سورة .

وبالجملة فإن عدم الاعتداد بالأقراء أعم من الاعتداد بتلك الثلاثة الأشهر البيض المفروضة ، ومن الانتقال إلى حكم المسترابة الذي نحن فيه كما هو ظاهر ، حينئذ فلا منافاة في الرواية لما تدعيه ^(١) .

السادس : ما ذكره من أنه ليس في الرواية ما يدل على أنه لمكان الحمل . . . إلخ ، والظاهر أن المراد بهذا الكلام الرد على الأصحاب فيما ذكره من الاستدلال بالرواية على ما ادعوه مما قدمنا ذكره من أنها إذا حاضت في الثلاثة الأول ثم احتبست الحيضة الثانية أو الثالثة فقد استراحت بالحمل .

فاعترضوهم بأنه ليس في الرواية ما يدل على مكان الحمل وإن اشعر به التقييد بالتسعة ، إلا أنه يخالفه التقييد بكون التسعة من حين الطلاق .

وفيه ما عرفت آنفاً من أنه وإن كان الأمر كما ذكره بالنسبة إلى هذه الرواية إلا أنه باضماع ما قدمناه من الأخبار الواردة في هذه المسألة معتضة باتفاق كلمة الأصحاب فإنه يعلم أن الاعتداد بالتسعة ثم الثلاثة بعدها إنما هو في المسترابة لا غير ، وأما المنافاة التي أشار إليها فقد عرفت الجواب عنها في الموضوع الثالث .

وبالجملة فإنه بعد ورود هذه الأخبار التي ذكرناها متضمنة إلى رواية سورة التي اعترضوها بهذه الوجوه لا ينبغي الالتفات إلى ما ذكره ، لجريان ما ذكره في الأخبار المذكورة كما لا وردها بهذه التخريجات العقلية مع وضوحها في الدلالة وعدم المعارض مما لا يتجشمه محصل .

الثاني من القولين المتقدمين : أنها تصبر سنة لأنها أقصى مدة الحمل ، فإن ظهر بها

(١) أقول : وبذلك يظهر ما في كلام الفاضل الخراساني في الكفاية [كفاية الأحكام ص ٢٠٤] تبعاً للسيد السند المذكور حيث قال في الكفاية : والمستفاد من صحيحة زارة الاكتفاء بثلاثة أشهر بيض وإن تخلل بين الحيضتين فالقول به متجه ، انتهى . (منه - قدس سره -).

حمل اعتدت بوضعه ، وإن مرت الأقراء الثلاثة بها ضمن هذه المدة اعتدت بها ، وإلا اعتدت بثلاثة أشهر بعد كمال السنة إن لم يتم الأقراء في أثنائها .
وعلى هذا القول يدل ما رواه في الكافي والتهذيب ^(١) عن عمارة الباطلي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل عنده امرأة شابة وهي تحيض كل شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة ، كيف يطلقها زوجها ؟ فقال : أمرها شديد ، تطلق طلاق السنة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ، ثم يترك حتى تحيض ثلاث حيض منى حاض ، فإذا حاضت ثلاثاً فقد انقضت عدتها . قيل له : وإن مضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض ؟ فقال : يتربص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ، ثم قد انقضت عدتها ، قيل : فإن مات أو ماتت ؟ فقال : أيهما مات وورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً .

وظاهر الشيخ في النهاية الجمع بين رواية عمارة المذكورة ورواية سورة ابن كليب بحمل الأولى على احتباس الدم الثالث فيجب عليها الصبر إلى سنة ، والثانية على احتباس الدم الثاني فتصبر إلى تسعة ، ثم تعتد بثلاثة أشهر في كلا الحالين .

قال - رحمه الله عليه - في كتاب النهاية ^(٢) : وإذا كانت المرأة مستراة فإنها تراعى الشهور والحيض ، فإن مرت بها ثلاثة أشهر يرض لم تر فيها دمًا فقد بانت منه بالشهور ، وإن مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوماً ثم رأت الدم كان عليها أن تعتد بالأقراء ، فإن تأخرت عنها الحيضة الثانية فلتصبر من يوم طلقها إلى تمام التسعة أشهر ، فإن لم تر دمًا فلتعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر وقد بانت منه ، فإن رأت الدم فيما بينها وبين التسعة أشهر ثانياً واحتبس عليها الدم الثالث فلتصبر تمام السنة ثم

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٨ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٣

ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) النهاية ص ٥٣٢ .

تعتدّ بعد ذلك بثلاثة أشهر تمام الخمسة عشر شهراً وقد بانت منه ، وأيّهما مات ما بينه وبين الخمسة عشر شهراً ورثه صاحبه ، انتهى .

وفي الاستبصار صرح بالعمل برواية سورة بن كليب ، وحمله وثقة عمار على الفضل والاستحباب بمعنى أن الأفضل لها أن تعتدّ إلى خمسة عشر شهراً .

والمحقق في الشرائع بعد أن نقل عن الشيخ في النهاية حمل رواية عمار على احتباس الدم الثالث ، نسبة إلى التحكّم ، وهو القول بغير دليل .

ووجهه أن الخبر المذكور لا تعرض فيه لكون المحتبس هو الدم الثالث ، بل غاية ما تضمنت أنها لم تحض في السنة ثلاث حيض أعم من أن تكون حاضت فيها مرة أو مرتين .

واعتذر في ذلك للشيخ - رحمه الله عليه - عما أورد عليه بأن هذا التنزيل الذي ذكره في النهاية يوافق ظاهر الخبرين ، قال : ولأنه قال في الخبر الأول - يعني خبر سورة - أنها لم تطمث في الثلاثة الأشهر إلا مرة ثم ارتفع حيضها ، وهو صريح في احتباس الثانية وأوجب التريّص تسعة أشهر... إلخ. وقال في الثاني : أنه انقضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض ، وهذا وإن كان شاملاً لنفي الثانية أو الثالثة إلا أن طريق الجمع بينهما بحمله على احتباس الثالثة ، والقرينة قوله لم تحض فيها ثلاث حيض ، فإنها لو لم تحض إلا مرة يقال لم تحض فيها حيتّين أو إلا حية ، فهذا وجه مصير الشيخ إلى ما ذكره من التنزيل .

ثم اعترضه بأنه مع ذلك لا يسلم من التحكّم ، لأن الفرق بين احتباس الثانية والثالثة لا مدخل له في هذه الأحكام ، فإن احتمال الحمل يوجب فساد اعتبار الاثنين كما يوجب فساد الواحدة ، وأقصى الحمل مشترك بين جميع أفراد النساء بالتسعة أو السنة أو غيرهما ، فالفرق بين جعل مدة التريّص للعلم بالبراءة من الحمل تسعة تارة وسنة أخرى يرجع إلى التحكّم ، انتهى .

ثم قال : وعلى تقدير الاعتبار برواية عمار فيما ذكره الشيخ في الاستبصار

من الجمع ادخل في الحكم.

أقول: وإلى الجمع بما ذكره في الاستبصار مال في المختلف أيضاً، وكيف كان فإن الظاهر عندي هو الاعتماد على رواية سورة في هذه المسألة لاعتقادها كما عرفت بالأخبار التي قدمناها حسبما أوضحناه من التحقيق المتقدم.

وبذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك^(١): «اعلم أن طريق الروايتين قاصر عن إفادة مثل هذا الحكم خصوصاً رواية سورة، لكن الشهرة مرجحة لجانبها على قاعدتهم، ولو قيل بالاكْتفاء بالترتب مدة يظهر فيها انتفاء الحمل كالسعة من غير اعتبار مدة أخرى كان وجهاً، فإنه جيد بناءً على التمسك بهذا الاصطلاح المحدث وعدم المراجعة لما أسلفناه من الأخبار، وإلا فمع ملاحظة الأخبار المذكورة سيما مع صحة سند بعضها واعتبار الباقي منها وكثرتها فإنه لا مجال للتوقف في الحكم بالثلاثة بعد التسعة، وقد تقدم في كلام سبطه السيد السند الميل إلى الاكتفاء بالثلاثة الأشهر الخالية من الحيض، وقد عرفت ما فيه، والحق كما عرفت هو وجوب الجميع كما عليه الأصحاب قديماً وحديثاً.

تنبيهان

الأول: لا يخفى أن ما ذكرنا من الحكم المذكور مخصوص بالحرة كما تقدمت الإشارة إليه في صدر البحث الأول، ويشير إليه الأمر بالاعتداد بثلاثة أشهر بعد التسعة أو السنة ومراعاة الأقراء الثلاثة، فلو كانت أمة اعتبر عدتها في الأمرين.

الثاني: قال شيخنا الشهيد الثاني في الروضة^(٢): وإطلاق النص والفتوى يقتضي عدم الفرق بين استرابتها بالحمل وعدمه في وجوب الترتيب تسعة أو سنة ثم الاعتداد بعدها حتى لو كان زوجها غائباً عنها فحكمها كذلك، وإن كان ظاهر الحكم

(١) مسالك الأفهام ج ٢ ص ٣٩.

(٢) شرح اللمعة ج ٢ ص ١٣٦.

يقتضي اختصاصه بالمستراية ، ثم نقل عن المصنف أنه احتمل في بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعة لزوجة الغائب محتجاً بحصول مسمى العدة .

أقول : ما ذكره من إطلاق النص والفتوى في إيجاب الاعتداد بالتسعة أو السنة ثم ثلاثة أشهر بعدهما وإن لم تكن مستراية بالحمل عندي محل نظر .

أما النص فإنه وإن كان كذلك بالنظر إلى ظاهر روايتي سورة وعمارة إلا أن المفهوم أن المستفاد من جملة من الأخبار^(١) ومنهارايات ابن حكيم المتقدمة أن انقطاع الحيض إما من فساد من الحيض أو حصول الحمل ، فإنه يحصل العلم بالأمرين بمرور ثلاثة أشهر بيض ، فإنها إن استرايت بالحمل صبرت إلى التسعة أو العشرة ، وإلا انقضت عدتها بتلك الأشهر الثلاثة البيض لمعلومية كون ذلك من فساد في الحيض ، والغائب عنها زوجها كما فرضه لا يقوم فيها احتمال الحمل فلا تكون مستراية ، ويتعين أن يكون انقطاع دمها في تلك الثلاثة متى مرت بها ثلاثة أشهر بيض إنما هو لفساد في الحيض فتعذر بها وتخرج من العدة ، ولا يجب عليها انتظار التسعة أشهر أو العشرة كما توهّمه - رحمة الله عليه - .

(١) أقول : والوجه في هذه الأخبار هو أن الحيض الطبيعي الذي جعله الله سبحانه في النساء كل شهر مرة كما دلت عليه جملة من الأخبار ، منها خبر أديم بن الحر [الكافي ج ٣ ص ٧٥ ح ١ ، الوسائل ج ٣ ص ٥٥٠ ب ٩ ح ٢] عن الصادق عليه السلام «أنه سمعه يقول : إن الله تبارك وتعالى حد النساء في كل شهر مرة ، وحيثئذ فتمت احتبس الحيض ثلاثة أشهر فهو لا يكون إلا عن مرض وفساد في الحيض أو من جهة الحمل ، ومتى انتفى احتمال الحمل بوجه من الوجوه تعين كونه من الفساد في الحيض ، والشارع لأجل ذلك قد جعل الثلاثة الأشهر البيض عوض ثلاث حيض كما صرح به عليه السلام في رواية أبي بصير [الكافي ج ٦ ص ٩٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ٢] وفيهما اختلاف يسير فقال : «إذا انقضت عدتها يحسب لها بكل شهر حيضة» وحيثئذ فإذا مرت بها ثلاثة أشهر بيض بعد الطلاق مع عدم الاستراية بالحمل تعين أن تكون عدتها تلك الثلاثة الأشهر البيض تقدمت أو تأخرت ، ولا موجب للصبر إلى بلوغ التسعة بوجه من الوجوه ، والله العالم . (منه - قدس سره -) .

ومن الروايات الدالة على ما ذكرنا زيادة على ما تقدم مارواه محمد بن حكيم^(١) أيضاً قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة يرتفع حيضها ، فقال : ارتفاع الطمث ضربان : فساد من حيض و ارتفاع من حمل ، فأيهما كان فقد حلت للأزواج إذا وضعت أو مرت بها ثلاثة أشهر بيض وليس فيها دم .

وهي كما ترى ظاهرة بل صريحة في أنه مع العلم بعدم الحمل كما هو المفروض في كلامه بالنسبة إلى من غاب عنها زوجها فإنها تخرج من العدة بمرور ثلاثة أشهر بيض سواء كان من أول الأمر كما هو متفق عليه أو بعد ذلك كما فيما نحن فيه، لأنها بعد أن رأت الدم مرة أو مرتين ثم انقطع ثلاثة أشهر فصاعداً مع غيبة زوجها عنها فإنه لا استرابة بالحمل فيعلم أن ذلك لفساد في الحيض ، فيكفي الثلاثة الأشهر في الخروج من العدة، لأنه عليه السلام في هذا الخبر قد حكم بأنه إذا مرت بها ثلاثة أشهر بيض مع معلومية عدم الحمل خرجت بها من العدة لمعلومية أن انقطاع الحيض إنما هو لفساد في الحيض دون احتمال الحمل، ومع معلومية الحمل فإنها تعتد بوضعه ، وهو ظاهر .

وعلى هذا فإطلاق الخبرين المذكورين محمول على احتمال الاسترابة بالحمل ، وإلا فمع تعيين عدم الاسترابة فإنه لا ضرورة إلى الصبر تسعة فضلاً عن العشرة .

وأما ما ادعاه من إطلاق الفتوى فهو وإن وقع في بعض العبارات اعتماداً على ظهور الحكم وأن بلوغ التسعة أو العشرة إنما هو من حيث الاسترابة بالحمل إلا أن أكثر العبارات قد اشتمل على التقييد .

أما في صدر الكلام - كما في عبارة الشيخ في النهاية المتقدمة - فإنه جعل محل البحث والكلام في المسألة المسترابة ونحوها كلاماً أتباعه .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٠ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٤ ب ٤ ح ١٦ وفيهما سألت أبا الحسن ، مع اختلاف يسير .

وأما في الأثناء كما عبّر به المحقق في الشرائع حيث قال : "أما لورأت في الثالث حيضاً و تأخّرت الثانية أو الثالثة صبرت تسعة أشهر لا احتمال الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر . . . إلخ . ونحوها عبارته في النافع أيضاً ^(١) وهو كما ترى صريح في أن "الصبر تسعة أشهر إنما هو لاحتمال الحمل ، فلو لم يكن محتملاً لم يجب عليه الصبر المدة المذكورة ، ولا ما ذكر بعد ذلك .

وقال ابن إدريس في السرائر بعد نقل كلام النهاية المتقدم : والذي يقوى في نفسي أنها إذا احتبس عنها الدم الثالث بعد مضي " تسعة أشهر اعتدت بعدها بثلاثة أشهر تمام السنة لأنها تستبرئ بتسعة أشهر وهو أقصى مدة الحمل ، فيعلم أنها ليست حاملاً ثم "تعتد" بعد ذلك عدتها وهي ثلاثة أشهر . . . إلخ. وهو صريح أيضاً فيما قلناه، فإن "الغائب عنها زوجها قد علم أنها ليست حاملاً من أول الأمر فلا يحتاج إلى التربص تسعة أشهر، وهو ظاهر ، إلى غير ذلك من عباراتهم ^(٢) . وبالجملة فإن ما ذكره رحمه الله عليه - من الكلام المذكور بمحل من القصور كما عرفت، وبذلك يظهر أيضاً ما في الذي نقله عن الشهيد من الاحتمال فإنه أبعد بعيد في هذا المجال، إذ المفهوم من الأخبار أن "التسعة إنما هي من حيث احتمال الاسترابة بالحمل، وهو الموافق للأصول كما اعترف به وعبّر عنه بظاهر الحكم لا في مقام يقطع فيه بعدمه، بل الظاهر إنما هو الخروج بالثلاثة البيض الحاصلة قبل بلوغ التسعة .

- (١) أقول: قال السيد السند في شرح النافع - بعد قول المصنف: صبرت تسعة أشهر لاحتمال الحمل - ما لفظه: ويستفاد من التعليل باحتمال الحمل أنه لو علم انتفاؤه بغيبوبة الزوج ونحوه لم يجب عليها التربص كذلك بل تعتد بثلاثة أشهر. انتهى، ومنه يعلم ضعف ما ذكره جلد - قدس سره - وتوهمه من إطلاق عبارات الأصحاب. (منه - قدس سره -).
- (٢) وقال في القواعد: أما لورأت الدم في الثالث وتأخّرت الحيضة الثانية والثالثة صبرت تسعة أشهر لتعلم براءة رحمها ثم اعتدت بعد ذلك ثلاثة أشهر . . . إلخ، فانظر إلى تعليله الصبر إلى التسعة بالعلم ببراءة رحمها، فلو كان براءة الرحم معلومة كما في زوجة الغائب فإنه لا يوجب الصبر تسعة أشهر. (منه - قدس سره -).

البحث الثالث : قد عرفت أن المرأة إذا كانت في سن من تحيض وهي لا تحيض فإن عدتها ثلاثة أشهر بلا خلاف ، ولكن الأصحاب قد اختلفوا هنا في الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين إذا طلقت بعد الدخول بها وإن فعل زوجها محرماً ، وكذا في اليائسة هل عليها عدة أم لا؟ وكذا في صورة الفسخ ووطء الشبهة الموجبين للعدة في غير هذا الموضع .

فالمشهور بين الأصحاب أنه لا عدة عليها ، وبه صرح الشيخان والصدوقان وسائر وأبو الصلاح وابن البراءة وابن حمزة ومن تأخر عنه .

قال السيد المرتضى : الذي أذهب إليه أن على الآية - من الحيض والتي لم تبلغ - العدة على كل حال من غير شرط الذي حكيناه عن بعض أصحابنا - يعني بذلك أن لا تكون في سن من تحيض - وقبعه في ذلك ابن زهرة ، والمعتمد هو الأول كما تكاثرت به الأخبار عن الأئمة الأطهار عليهم السلام .

ومنها ما رواه في الكافي ^(١) عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ثلاث يتزوجن على كل حال ، التي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدها ؟ قال : إذا أتت لها أقل من تسع سنين ، والتي لم تدخل بها ، والتي قد يشئت من المحيض ومثلها لا تحيض ، قال : قلت : وما حدها ؟ قال : إذا كان لها خمسون سنة .

وما رواه الشيخ في التهذيب ^(٢) في الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ثلاث يتزوجن على كل حال ، التي قد يشئت من المحيض ومثلها لا تحيض قلت : ومتى تكون كذلك ؟ قال : إذا بلغت تسعين سنة فقد يشئت من المحيض ومثلها لا تحيض ، والتي لم تحض ومثلها لا تحيض ، قلت : ومتى تكون كذلك ؟ قال : ما لم تبلغ تسع سنين ، فإنها لا تحيض ومثلها لا تحيض ، والتي لم يدخل بها .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٦ ب ٢ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٩ ح ٨٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٩ ب ٣ ح ٥ .

ومارواه في الكافي^(١) عن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يطلق الصبيّة التي لم تبلغ ولا تحمل مثلها وقد كان دخل بها، والمرأة التي قد يئست من الحيض وارتفع حيضها ولا تلد مثلها، قال: ليس عليهما عدة وإن دخل بهما ».

ومارواه في الفقيه^(٢) عن جميل أنه قال « في الرجل - الحديث إلى قوله - عدة، فيكون الخبر صحيحاً ».

ومارواه في الكافي^(٣) في الصحيح أو الحسن عن حماد بن عثمان عن عثمان بن رواء عن أبي عبد الله عليه السلام « في الصبيّة التي لا تحيض مثلها والتي قد يئست من الحيض، قال: ليس عليهما عدة وإن دخل بهما ».

وعن محمد بن مسلم^(٤) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « قال: التي لا تحبل مثلها لا عدة عليها ».

ومارواه المشايخ الثلاثة^(٥) - رحمه الله عليهم - عن محمد بن مسلم « قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في المرأة التي قد يئست من الحيض يطلقها زوجها، قال: قد بانّت منه ولا عدة عليها ».

ومارواه في التهذيب^(٦) في الصحيح عن حماد بن عثمان « قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي قد يئست من الحيض، والتي لا تحيض مثلها، قال: ليس عليهما عدة ». وعن جميل بن دراج^(٧) عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٦ ب ٢ ح ٣.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣١ ح ٤.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٢ و ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٩ ب ٣ ح ٢ و ٣.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٥، الفقيه ج ٣ ص ٣٣١ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٦٨ ح ١٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٨ ب ٣ ح ١.

(٥) التهذيب ج ٦ ص ٦٦ ح ١٣٧ و ١٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٥ ب ٢ ح ١ و ٢.

يطلق الصبيّة التي لم تبلغ ولا تحمل مثلها، قال: ليس عليها عدة وإن دخل بها .
ونقل عن المرتضى - رحمه الله عليه - الاحتجاج على ما ذهب إليه بقوله تعالى
« واللاتي يثن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن » ثلاثة أشهر واللاتي لم
يحصن ، ^(١) قال : وهذا صريح في أن « الآيات واللاتي لم يحصن عدتهن » الأشهر
على كل حال .

ثم أورد على نفسه بأن في الآية شرطاً وهو قوله تعالى « إن ارتبتم » وهو
منتفٍ عنهما ، ثم أجاب بأن الشرط لا ينفع أصحابنا ، لأنه غير مطابق لما يشترطونه
وإنما يكون نافعاً لهم لو قال تعالى : إن كان مثلهن يحصن في الآيات وفي اللاتي
لم يبلغن المحيض إذا كان مثلهن تحيض . وإذا لم يقل تعالى ذلك بل قال « إن
ارتبتم » وهو غير الشرط الذي شرطه أصحابنا فلا منفعة لهم به . ولا يخلو قوله
تعالى « إن ارتبتم » أن يريد به ما قاله جمهور المفسرين وأهل العلم بالتأويل من
أنه تعالى قال : إن كنتم مرتابين في عدة هؤلاء النساء وغير عالين بمبلغها .

وجه المصير في هذا التأويل ما روي في سبب نزول هذه الآية أن أبي بن
كعب قال : يا رسول الله إن عدداً من عدد النساء لم يذكر في الكتاب الصغير
والكبار وأولات الأحمال ، فأنزل الله تعالى « واللاتي يثن » إلى قوله « وأولات الأحمال
أجلهن » أن يضعن حملهن ، فكان هذا دالاً على أن المراد بالارتباب ما ذكرناه ،
لا الارتباب بأنها يائسة أو غير يائسة لأنه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من
المحيض والمشكوك في حالها والمرتاب في أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون يائسة .
ثم أطال في الكلام على عادته - رحمه الله عليه - في كل مقام ، واجيب
عن ذلك بمنع كون المراد بالريبة المعنى الذي ذكره إذ من المحتمل عودها إلى
اليأس من المحيض ، وإنما أثنى بالضمير مذكراً لكون الخطاب مع الرجال كما
يدل عليه قوله « من نسائكم » ، ولأن النساء يرجعن في معرفة أحكامهن أو إلى

(١) سورة الطلاق - آية ٤ .

رجالهن" أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء .

أقول : و يؤيد ما ذكره من رجوع الريبة إلى النساء ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل "إن ارتبتم ما الريبة؟ فقال : ما زاد على شهر فهو ريبة ، فلتعتد ثلاثة أشهر ولتترك الحيض ، وما كان في الشهر لم يزد في الحيض على ثلاث حيض فعدتها ثلاث حيض ، .

قال الشيخ ^(٢) - رحمه الله عليه - : الوجه فيه أنه إن تأخر الدم عن عاداتها أقل من الشهر فليس لريبة الحبل بل ربما كان لعلّة ، فلتعتد بالأقراء ، فإن تأخر الدم شهراً فإنه يجوز أن يكون للحبل فتعتد ثلاثة أشهر ما لم ترفيها دماً ، انتهى . وتوضيحه : أنه لما كان مقتضى الطبيعة والعادة التي جعلها الله في النساء هو الحيض في كل شهر مرة فلو انقطع عنها ذلك شهراً فصاعداً كان ذلك لريبة فلتعتد بالشهور ، وإذا مضت لها ثلاثة أشهر بيض ولا تنتظر الحيض التي كانت تعتاده سابقاً إن رأت الدم في الشهر فلا ريبة هنا ، وإن تأخر عن عاداتها فلتعتد بالحيض . ومرجع ذلك إلى ما تقدم من الأخبار الدالة على أن أيتهما سبق من الشهور أو الأقراء اعتدت به ، وقد تقدم في صدر البحث الأول نقلاً عن الطبرسي في مجمع البيان معنى آخر للريبة يرجع إلى تعلّقها بالنساء أيضاً ، وقد أسنده إلى أئمتنا عليهم السلام .

وبذلك يظهر لك أن ما ذكره - رحمه الله عليه - من المعنى الذي اعتمد فيه على تلك الرواية العامة التي نقلها ليس ممّا يعول عليه ولا يلتفت إليه ، ومع الانحياز عن ذلك فلا أقل أن يكون ما ذكرناه محتملاً في الآية ومساوياً لما ذكره من الاحتمال ، فإنه كافٍ في دفع تعلّقه بالآية والاستناد إليها في الاستدلال . نعم ربما ظهر ما ذكره من بعض الأخبار الواردة في المقام ، ومنها :

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ٢ .

(٢) الاستبصار ج ٣ ص ٣٢٥ ذيل ح ١٠ .

مارواه في الكافي والتهذيب^(١) عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير «قال: عدة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر ، والتي قد قعدت عن المحيض ثلاثة أشهر ، قال في الكافي بعد ذكر الروايات التي قدمنا نقلها عنه دالة على القول المشهور: وقد روي أن عليهن عدة إذا دخل بهن» ثم «أورد هذه الرواية ثم قال: - وكان ابن سماعة يأخذ بها ، ويقول : إن ذلك في الاماء لا يستبرئن إذا لم يكن بلغن الحيض ، فأما الحرائر فحكمهن في القرآن ، يقول الله عز وجل «واللاتي يسنن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن» ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن ، وكان معاوية بن حكيم يقول: ليس عليهن عدة، وما احتج به ابن سماعة فإثما قال الله عز وجل «إن ارتبتم» وإثما ذلك إذا وقعت الرية بأن قد يسنن، فأما إذا جازت الحد وارتفع الشك أنها قد يسنن أو لم تكن الجارية بلغت الحد فليس عليهن عدة ، انتهى ما ذكره في الكافي .

و كلامه هنا في معنى الرية يرجع إلى ما قدمنا نقله عن الطبرسي الذي أسنده إلى الأئمة عليهم السلام ، وعلى هذا فالمراد باللاتي يسنن من المحيض في الآية يعني في الجملة، فإن حصل الشك والرية في تحققة وعدمه فالحكم الاعتداد بالأشهر الثلاثة وكذا من لم تحض لصغر كان أم لا ، فإن عدتها ثلاثة أشهر .

وبالجملة فإن الآية ظاهرة في تقييد اعتداد الياسة بالثلاثة الأشهر بالرية فلا تثبت بدونها ، والرية على ما عرفت من الخبر و كلام هذين الفاضلين إثما ترجع إلى الشك في بلوغ السن الذي يحصل اليأس، كما هو ظاهر كلام الفاضلين المذكورين، أو الرية في الحمل كما هو ظاهر الخبر، وعلى كل منهما يسقط تعلقه بالآية ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لاسترة عليه .

ثم إنه في الكافي لم يتعرض للجواب عن الخبر المذكور مع رده له، والمتأخرون

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ٦٧ ح ١٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢

قد ردوه بضعف السند بجماعة من رواه مع أنها غير مستندة إلى إمام ، فلا يعارض بها تلك الأخبار المتقدمة .

وقال الشيخ في الكتابين ^(١) : هذا الخبر نحمله على من يكون مثلها تحيض لأن الله تعالى شرط ذلك وقيده بمن يرتاب بحالها ، قال الله تعالى « واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن » ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ، فشرط في إيجاب العدة ثلاثة أشهر بأن تكون مرتابة ، وكذلك كان التقدير في قوله « واللائي لم يحضن » أي فعدتهن » ثلاثة أشهر ، وهذا أولى مما قاله ابن سمانة لأنه قال : تجب العدة على هؤلاء كلهن ، وإثما سقط عن الاماء العدة ، لأن هذا تخصيص منه في الاماء من غير دليل ، والذي ذكرناه مذهب معاوية بن حكيم من متقدمي فقهاء أصحابنا وجميع الفقهاء المتأخرين ، وهو مطابق لظاهر القرآن وقد استوفينا تأويل ما يخالف ما أفتيناه مما ورد من الأخبار فيما تقدم ، انتهى . أقول : وما ذكره من التأويل للخبر المذكور ظاهر بالنسبة إلى التي فعدت عن المحيض ، وهي اليائسة بمعنى أنها فعدت عن المحيض والحال أن مثلها تحيض . أما بالنسبة إلى الصغيرة التي عبّر عنها بأنها لم تبلغ الحيض فهو مشكل ، لأن المتبادر منها أنها التي لم تبلغ التسع ، وحينئذ فلا يتجه قوله « إن مثلها تحيض » إلا أن يحمل قوله « لم تبلغ المحيض » أي لم تحض بالفعل ، وهو وإن كان بعيداً إلا أنه في مقام الجمع غير بعيد لضرورة الجمع بين الأخبار . وكيف كان فإنه ينافيه الخبر الآتي .

ومنها ما رواه في التهذيب ^(٢) عن محمد بن حكيمة قال : سألت أبا الحسن عليه السلام فقلت : المرأة التي لا تحيض مثلها ولم تحض كم تعتد ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : فإنها ارتابت ، قال : تعتد آخر الأجلين تعتد تسعة أشهر ، قلت : فإنها ارتابت (١) التهذيب ج ٨ ص ٦٨ ذيل ح ١٤٣ الاستبصار ج ٣ ص ٣٣٨ ذيل ح ٤ ويظهر أن المصنف نقله بالمعنى .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٦٨ ح ١٤٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٤ ب ٤ ح ١٨ .

قال : ليس عليها ارتياب ، لأن الله تعالى جعل للحبل وقتاً فليس بعده ارتياب .
والخبر كما ترى ظاهر في أن من لم تحض ولا تحيض مثلها فإنتها تعند
ثلاثة أشهر وهو صادق على الصغيرة واليايسة ، ولا وجه للجواب عنها إلا بالحمل
على زيادة « لا » في قوله « التي لا تحيض مثلها » من قلم الشيخ أو النسخ . إلا أن في
الخبر إشكالا من وجه آخر ، وهو أن السائل قال : « قلت : فإن ارتابت - يعني بعد
الثلاثة أشهر - قال عليه السلام : تعند تسعة أشهر » وحينئذ فمتى حملنا الخبر على
الصغيرة التي لم تبلغ التسع فكيف يمكن فرض الارتياب فيها باحتمال الحمل
وهي لم تبلغ التسع ؟
وبالجملة فالخبر على ظاهره غير مطابق للقواعد الشرعية والضوابط المرعية ،
فلا أوسع من رده إلى قائله عليه السلام .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب ^(١) عن عبدالله بن سنان في الصحيح عن أبي
عبدالله عليه السلام « قال في الجارية التي لم تدرك الحيض ، قال : يطلقها زوجها بالشهور ،
وقيل : فإن طلقها تطليقة ثم مضى شهر ثم حاضت في الشهر الثاني ؟ قال : فقال :
إذا حاضت بعدما طلقها بشهر ألفت ذلك الشهر و استأنفت العدة بالحيض ، فإن
مضى لها بعد ما طلقها شهران ثم حاضت في الثالث أتمت عدتها بالشهور ، فإذا
مضى لها ثلاثة أشهر فقد بانت منه ، وهو خاطب من الخطاب ، وهي ترثه ويرثها
ما كانت في العدة » .

وهو ظاهر كما ترى في وجوب العدة بالشهور على الصغيرة التي لم تدرك
الحيض أي لم تبلغ . ويمكن الجواب عنه بحمل قوله « لم تدرك الحيض » أي
لم يقع بها حيض وإن كانت في سن من حيض ، وباب المجاز واسع .
ولكن يبقى في الخبر أيضاً إشكال من وجه آخر ، حيث إنه حكم بأنه إذا

(١) لم نعثر عليه في الكافي ، التهذيب ج ٨ ص ١٣٨ ح ٨١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢
ح ٧ وفيهما اختلاف يسير .

مضى لها شهران بعدما طلقها ثم حاضت في الثالث فقد انقضت عدتها ، وقد مضى نظيره في الأخبار التي تقدمت في البحث الأول من هذا المقام ، إلا أن يحمل قوله «ثم حاضت في الثالث» يعني بعد الثالث ، فلا يبعد حمل ما ما تضمن وجوب العدة على الصغيرة واليايسة من الأخبار على التقية لما صرح به في الوسائل ^(١) من موافقتها لمذاهب المخالفين ، فإن ثبت فإنه لا مندوحة عنه ، بل وإن لم يثبت إذ ليس بعد دلالة ظاهر الآية على ما ذكرناه واستفاضة الأخبار به كما عرفت واتفاق علماء الفرة الناجية إلا من شذ على ذلك إلا خروج هذه الأخبار مخرج التقية بالمعنى المشهور أو المعنى الآخر الذي تقدمت الإشارة إليه مراراً .

تنبيهات

الأول: قال السيد السند في شرح النافع: واعلم أن المصنف وجمعاً من الأصحاب صرحوا بأن المراد بالصغيرة من نقص سنّها عن التسع ، ومورذال روايات التي لا تحيض مثلها ، وهي تناول من زاد سنّها على التسع إذا لم يحض مثلها ، وقد وقع التصريح في صحيحة بحمل بعدم وجوب العدة على من لم يحض مثلها وإن كان قد دخل بها الزوج ، مع أن الدخول بمن دون التسع محرم ، وحمله على الدخول المحرم خلاف الظاهر ، ولو قيل بسقوط العدة عن الصغيرة التي لم يحض مثلها وإن كانت قد تجاوزت التسع لم يكن بعيداً من الصواب وإن كان الاحتياط يقتضي المصير إلى ما ذكره ، انتهى .

وفيه نظر ، وذلك لأنه وإن كان قد ورد في بعض الأخبار التعبير بالتي لا تحيض مثلها كما ذكره ، إلا أنهم قد فسروه ^(٢) في جملة من الأخبار بمن لم تبلغ التسع كما في رواية عبد الرحمن بن الحجاج ^(٣) وهي الأولى من الروايات

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٧ ب ٢ ذيل ح ٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٦ ب ٢ ح ٤ .

المتقدمة ، فإنه لما عدَّ عليه السلام من جملة الثلاث اللائي يتزوجن على كل حال التي لا تحيض ومثلها لا تحيض سأل السائل : ما حدها؟ قال : إذا أتى لها أقل من تسع سنين ومثلها موثقة ^(١) وهي الثانية من الروايات ، وحينئذ فيجب حمل ما أطلق من الأخبار على هذين الخبرين ليرفع التنافي بينهما والتدافع .

وَأَمَّا ما اعتضد به من صحيحة جميل ^(٢) الدألة على الدخول بمن لا تحمل مثلها من أن الدخول بها حرام وأن الحمل على الدخول المحرم خلاف الظاهر ففيه أن مرسله جميل وهي الأخيرة من الروايات المتقدمة قد تضمنت بأن الرجل يطلق الصبيبة التي لم تبلغ ولا تحمل مثلها فقال عليه السلام ليس عليها عدة وإن دخل بها ، ومعلوم أن الدخول بها محرم .

ويحوها مرسله جميل ^(٣) الأخرى وهي الثالثة من الروايات في الرجل يطلق الصبيبة التي لم تبلغ ولا تحمل مثلها وقد كان دخل بها ، ومن المعلوم أن الدخول بها حرام .

وفي معناهما صحيحة حماد بن عثمان أحسنه ^(٤) عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام . وبذلك يظهر لك أن استبعاد الحمل على الدخول المحرم - باعتبار إطلاق الرواية التي ذكرها - ليس في محله ، بل إطلاق الرواية المذكورة محمول على تقييد هذه الأخبار .

ومنه يظهر أن الحق ما قاله الأصحاب من أن محل البحث هي الصغيرة التي لم تبلغ التسع وإن دخل بها وارتكب المحرم في الدخول بها . وأن ما توهمه من سقوط العدة عمن بلغت التسع إذا لم تحمل مثلها في غاية البعد عن الصواب لمناقضاته

(١) التهذيب ج ٨ ص ٦٧ ح ١٤١ وص ١٣٧ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠١ ب ٣٣ ح ٤٠٢ ج ٥ ص ٥٨١ ب ٣١ ح ٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٦ ب ٢ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٦٦ ح ١٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٥ ب ٢ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠٩ ب ٣ ح ٣ .

لما دلت عليه أخبار الباب وبالجملّة فإنّ ما ذكره مجرد وهم نشأ عن قصور التتبّع للأخبار كما عرفت .

الثاني: اختلف الأصحاب في تحديد السن الذي به تكون المرأة يائسة لاختلاف الأخبار، ونحن قد حققنا الكلام في ذلك بما لا مزيد عليه في باب الحيض من كتاب الطهارة^(١) فمن أحبّ الوقوف عليه فليرجع إلى الكتاب المذكور .
الثالث: قد صرح الأصحاب بأنه لو رأت المطلقة الحيض مرة ثم بلغت اليأس أكملت العدة بشهرين .

واستدلوا عليه بما رواه ثقة الاسلام في الكافي والشيخ عنه في التهذيب^(٢) عن هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة طلقت وقد طعنت في السن فحاضت حيضة واحدة ثم ارتفع حيضها ، فقال : تعتد بالحيضة وشهرين مستقبلين، فإنها قد بُسّت من الحيض .

وعمل أيضاً بأن الوجه في ذلك حكم الشارع عليها بوجوب العدة قبل اليأس وقد كانت حينئذ من ذوات الأقراء، فإذا تعذر إكمالها لليأس المقتضي انتفاء حكم الحيض مع تلبسها بالعدة أكملت بالأشهر لأنها بدل عن الأقراء كما تقرر فيجعل لكلّ قرء شهر .

والأولى أن يجعل هذه وجهاً للخبر المذكور لعلّة مستقلة لما قدمنا لك في غير موضع من أن أمثال هذه التعليقات لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، ولو فرض بلوغها حد اليأس بعد أن حاضت حيضتين احتمل إكمال العدة بشهر كما هو مقتضى ما دلت عليه الرواية المذكورة ، ولكن الأصحاب اقتصرُوا على مورد الرواية، ولا تكاد توجد عدة ملفقة من الأمرين إلا هذه، وإنما لم تجعل من انقطع

(١) الحقائق ج ٣ ص ١٧١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ ح ١١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٢١ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٦ ب ٦

دمها قبل تمام العدة لعارض كذلك لأن عود الدم هنا ممكن واحتسابه من الحيض جائز ، بخلاف اليأس الذي تبيّن به انقطاع الحيض بالمرة .

البحث الرابع : في جملة من الأحكام الملحقة بهذا المقام .

الأول: قال المحقق في الشرائع^(١): ولو استمر الدم مشتبهاً رجعت إلى عادتها في زمان الاستقامة واعتدت به ولو لم يكن لها عادة اعتبرت صفة الدم واعتدت بثلاثة أقران، ولو اشتبه رجعت إلى عادة نساءها، ولو اختلفن اعتدت بالأشهر، انتهى . والمراد باستمراره أي تجاوزه العشرة، والمراد باشتباهه في هذا المقام هو أنه بعد تجاوز العادة متى كانت ذات عادة إلى أن يتجاوز العشرة محتمل لأن يكون حبساً وعدمه ، وإن كان مع الانقطاع قبل العشرة أو تجاوزها يكون غير مشتبه ، وما ذكر من الرجوع بعد تجاوز العشرة إلى العادة متى كانت ذات عادة والاعتداد بها وكذا لو لم تكن ذات عادة بل كانت مبتدئة أو مضطربة من العمل بالتمييز إذا حصلت شرائطه المتقدمة في باب الحيض مما لا إشكال فيه ولا خلاف .

إنما الإشكال في قوله «ولو اشتبه رجعت إلى عادة نساءها» فإنه على إطلاقه وإن

(١) أقول: بهذه العبارة التي عبر بها المحقق عبر الشيخ في النهاية، ومثله العلامة في القواعد والتحرير من غير فرق بين المبتدئة والمضطربة، وقال في الإرشاد: والمضطربة يرجع إلى أهلها أو التميز، فإن فقدت فإلى الأهل، هذا حكم المضطربة، ولم يذكر المبتدئة بالكلية مع أن الأمر كما عرفت في الأصل على العكس، وزاد عطف التميز على الأهل بـ «أو» الموجبة للتخيير.

وابن إدريس بعد أن نقل عبارة الشيخ في النهاية المتضمنة لتقديم التميز على عادة الأهل قال: والأولى تقديم العادة على اعتبار صفة الدم، لأن العادة أقوى، فإن لم يكن لنساءها عادة رجعت إلى اعتبار صفة الدم، فقدم الرجوع إلى النساء على التميز، ولم يفرق بين المبتدئة والمضطربة كما لم يفرق غيره أيضاً .

وبالجملة فإن كلامهم هنا لا يخلو من الاضطراب، وليس لهذا الاختلاف هنا أصل يمضي عليه، والمعول على ما تقدم في باب الحيض [الحدثان ج ٣ ص ٢٣٤] من التحقيق في ذلك . (منه - قدس سره -).

كان قد صرح به الشيخ قبله والعلامة في أكثر كتبه بعده - محل "إشكال، وذلك لأن" من لم يكن لها عادة واعتبرت صفة الدم مراد بها المبتدئة والمضطربة كما عرفت ، ومقتضى العبارة أنهما مع فقد التمييز ترجعان إلى عادة نساتهما ، وهذا في المبتدئة جيد لما تقدم في باب الحيض من الأخبار الدالة عليه ، وقول الأصحاب به . وأما المضطربة فلا دليل عليه فيها ، ولا قائل به إلا ما ينقل عن أبي الصلاح ، وهو شاذ" مردود بعدم الدليل عليه ، بل الحكم فيها أنها مع فقد التمييز ترجع إلى الروايات ، وليس لحكم الحيض في العدة أمر يقتضي هذا بخصوصه .

وبالجملة فإن" نصريحهم بذلك هنا - على خلاف ما قرروه وانفقوا عليه إلا الشاذ" منهم كما عرفت في باب الحيض - لا يخلو من تدافع .

نعم مقتضى ما قرروه في باب الحيض أن" المبتدئة مع فقد التمييز وفقد عادة النساء ، والمضطربة مع فقد التمييز ترجعان إلى التحيض بالروايات المتقدمة في باب الحيض .

وأما هنا فإن" الأخبار قد صرحت بأنها تعتد" بالأشهر الثلاثة في موضع الأخذ بالروايات ثمة التي تنقص عن الثلاثة الأشهر .

ومن الأخبار المشار إليها ما رواه في الكافي ^(١) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام وقال : عدة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر ، وعدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء .

وعن أبي بصير ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وقال : عدة التي لم تحض والمستحاضة التي لم تطهر ثلاثة أشهر ، وعدة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ ح ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٢ ب ٤ ح ٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٩ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٣ ب ٤ ح ٩ .

وما رواه في التهذيب^(١) عن زرارة قال : إذا نظرت فلم تجد الأقراء إلا ثلاثة أشهر ، فإذا كانت لا يستقيم لها حيض تحيض في الشهر مراراً فإن عدتها عدة المستحاضة ثلاثة أشهر ، وإذا كانت تحيض حيضاً مستقيماً فهو في كل شهر حيضة بين كل حيضتين شهر ، وذلك القرء .

قال في الوافي : فلم تجد الأقراء إلا في ثلاثة أشهر ، أي لم تجد الأطهار الثلاثة إلا في ثلاثة أشهر ، وهذا ينقسم إلى قسمين كما فصله ، انتهى .

وما رواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام : أنه قال في التي تحيض في كل ثلاثة أشهر مرة أو في ستة أو في سبعة أشهر والمستحاضة التي لم تبلغ الحيض ، والتي تحيض مرة وترفع مرة ، والتي لا تطمع في الولد والتي قد ارتفع حيضها وزعمت أنها لم تبأس ، والتي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم ، فذكر أن عدة هؤلاء كلهن ثلاثة أشهر .

وبهذه الأخبار خرجت المستحاضة المستمرة دمه بالنسبة إلى العدة عن الحكم التي تقرر لها في باب الحيض فحكمها بالنسبة إلى العدة الاعتداد ثلاثة أشهر ، وأما بالنسبة إلى العبادات فترجع فيها إلى الروايات المتقدمة في باب الحيض .

قال في المسالك : ويمكن أن تكون حكمة العدول عن الروايات إلى الأشهر انضباط العدة بذلك ، دون الروايات من حيث إنها تنخير في تخصيص العدد بما شئت من الشهر ، وذلك يوجب كون العدة بيدها زيادة ونقصاناً ، وذلك غير موافق لحكمة العدة ، انتهى .

ومن جملة أخبار المسألة ما رواه الشيخ^(٣) عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٠ ح ١٠ ، ولم نعث عليه في التهذيب ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١١ ب ٤ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٩ ح ٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٢ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٠ ب ٤ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٢٧ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٥ ب ٥ ح ١ .

إِنَّمَا يُدْعَى : تعتد المستحاضة بالدم إذا كان في أيام حيضها، أو بالشهور إن سبقت لها، فإن اشتبه فلم تعرف أيام حيضها من غيرها فإن ذلك لا يخفى، لأن دم الحيض دم عيب حار وأن دم الاستحاضة دم أصفر بارد.

أقول : و في هذه الرواية دلالة على ما تقدم نقله عن الأصحاب من العمل بالتمييز مبتدئة كانت أو مضطربة بحمل عدم المعرفة على ما هو أعم من وجود أيام حيض لها سابقاً، ولكن أضلتها أو لم تكن بالكليّة، ومرجعها إلى توجه التقى إلى القيد والمقيّد، أو القيد خاصّة، ويحتمل اختصاصها بالمضطربة.

ومارواه في الفقيه^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح أنّه سأل أبا جعفر ع عن عدة المستحاضة، قال: تنظر قدر أقرائها فتزيد يوماً أو تنقص يوماً، فإن لم تحض فلتنظر إلى بعض نساها فلتعتد بأقرائها.

وفي هذا الخبر دلالة على ما تقدم أيضاً من أن ذات العادة مع استمرار الدم ترجع إلى عاداتها السابقة، والمبتدئة تنظر إلى حيض نساها وتعتد بأقرائهن. وأما ما ذكره هنا من جريان هذا الحكم في المضطربة فقد عرفت مافيه، وأنه لا دليل عليه لا في باب الحيض ولا في هذا الباب.

الثاني : قد صرح الأصحاب بأنّه متى طلّقت في أول الهلال و كانت تعتد بالأشهر اعتدت بثلاثة أشهر هلاليّة، لأن الشهر حقيقة في الهلالي، وهو مما لا خلاف فيه.

إنّما الخلاف فيما لو طلّقت في أثناء الشهر فقيل : إنّها متى طلّقت في أثناء الشهر وانكسر ذلك الشهر اعتبر بعده شهران هلاليان وأكمل المنكسر ثلاثين يوماً. (أمّا الأول فلما عرفت من أن الشهر متى اطلق فإنّه حقيقة في الهلالي. (وأمّا الثاني فلأنّه لما امتنع في الشهر الأول أن يكون هلالياً لفوات بعضه وجب الانتقال إلى الشهر العربي وهو الثلاثون.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٣ ح ٩ وفيه «سأله محمد بن مسلم»، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٦ ب ٥

وقيل بأنّه نجبر الأول بقدر مافات منه، ووجهه أنّ إطلاق الشهر محمول على الهلالي، فإذا فات بعضه أكمل من الرابع بقدر الفائت، فلو فرض كونه تسعة وعشرين يوماً وطلّقها وقدمضى منه عشرين يوماً أكمله بتسعة من الشهر الرابع وقيل: إنّه ينكسر الجميع فيسقط اعتبار الأهلة في الثلاثة، ووجهه أنّ المنكسر أولاً يتمّم ممّا يليه فينكسر أيضاً وهكذا.

وإلى القول الأول مال المحقق في الشرائع والشهيد الثاني في شرحه، وتحقيق الكلام في المقام قد مرّ مستوفى في باب السلم من كتاب المعاملات^(١) فليرجع إليه من أحبّ الوقوف عليه.

قال في المسالك: و اعلم أنّ انطباق الطلاق ونحوه من العقود على أول الشهر يتصور بأن يبدأ في اللفظ قبل الغروب من ليلة الهلال بحيث يقترن بأول الشهر لا بابتدائه في أول الشهر، لأنّه إلى أن يتمّ لفظه يذهب جزء من الشهر فينكسر.

أقول: لا يخفى ما فيه من العسر وتعدّد معرفه ذلك على سائر الناس، مع أنّ الذي صرح به في كتاب السلم إنّما هو بناء الابتداء على العرف، فلا يقدح فيه اللفظة ولا الساعة، وهو ظاهر غيره أيضاً كما قدمنا ذكره في كتاب السلم.

قال في كتاب السلم: يعتبر في أوليّة الشهر وأثنائه العرف لا الحقيقة لاقتنائها دائماً أو غالباً إذ لا يتفق المقارنة المحضة بغروب ليلة الهلال، فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظة، ويقدح فيه نصف الليل ونحوه، وحيث كان المرجع إلى العرف فهو المعيار، والظاهر أنّ الساعة غير قادمة. انتهى وهو جيّد، لا ما ذكره في هذا الكتاب من اعتبار الأوليّة الحقيقية.

الثالث: لا خلاف بين الأصحاب في أنّه لو ارتابت بالحمل بأن وجدت علامة تفيد الظنّ به بعد العدة فكحت أولم تنكح جاز لها التزويج، وكان نكاحها صحيحاً

(١) الحدائق ج ١٩ ص ١٣١.

للحكم شرعاً باقضاء العدة المبيح للتزويج ، فلا يعارضه الظن الطارىء بالريبة ، ومرجعه إلى أن الشك لا يعارض اليقين ، وهي قاعدة كلية متفق عليها .
إثماً الخلاف فيما لو حصلت الريبة قبل انقضاء العدة ، فهل يجوز لها التزويج بعد انقضاء العدة أم لا ؟

و بالثاني قال الشيخ في المبسوط ، فإنه حكم بأنه لا يجوز لها أن تنكح بعد انقضاء العدة إلى أن يتبين الحال ، وعلمه بأن النكاح مبني على الاحتياط . وبالأول صرح المحقق والعلامة لوجود المقتضي ، وهو الخروج من العدة وانقضاء المانع ، إذ الريبة بذاتها لا توجب الحكم بالحمل ، والأصل عدمه .

أقول: ويمكن تأييد ما ذهب إليه الشيخ هنا برأيات محمد بن حكيم المتقدمة^(١) وصحيفة عبدالرحمن بن الحجاج^(٢) المتقدمة أيضاً ، والتقريب فيها أنها دلت على أن المسترابة بعد الثلاثة الأشهر التي هي العدة لذات الشهور تمتد بتسعة أشهر ، بناءً على كون مدة الحمل هي التسعة أو سنة كما في موثقة عمار^(٣) بناءً على كونها سنة ، ثم إنها تحتاط بعد المدة المذكورة بثلاثة أشهر ، ولعل تعبير الشيخ بالاحتياط وقع تبعاً لما صرح به الروايات المذكورة ، فإنها صرحت بأنها بعد التسعة أو العشرة لا ريبة عليها ، ولكن تحتاط بالصبر ثلاثة أشهر ، وأنه لا يجوز لها التزويج إلا بعد مضي الثلاثة الأخيرة مع الحكم باتقاء الريبة عنها بعد التسعة أو السنة ، إلا أنه يمكن تخصيص محل البحث بما لو حصلت الريبة في الثلاثة الأشهر التي هي العدة لذات الشهور ، وإلا فإنها بعد تمام الثلاثة وعدم الريبة يجوز لها التزويج كما يدل عليه ما رواه في الكافي عن محمد بن حكيم^(٤) في الحسن عن

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٢٩ ح ٤٤٦ و ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ ح ٢ و ٤ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٢٨ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢١ ب ١١ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٣ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٢ ب ٢٥ ح ٤ وفيهما اختلاف يسير .

العبد الصالح عليه السلام قال : قلت له : المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها
فيرتفع طمئنها ، ما عدتها ؟ قال : ثلاثة أشهر ، قلت : جعلت فداك فإنها تزوجت
بعد ثلاثة أشهر ، فتبين لها بعدما دخلت على زوجها أنها حامل ، قال : هيهايات
من ذلك يا ابن حكيم ، رفع الطمث ضربان : إما فساد من حيضة فقد حل لها الأزواج
وليس بحامل ، وإما حامل فهو يستبين في ثلاثة أشهر ، لأن الله تعالى قد جعله وقتاً
يستبين فيه الحمل ، قال : قلت : فإنها ارتابت بعد ثلاثة أشهر ، قال : عدتها تسعة
أشهر ، قلت : فإنها ارتابت بعد تسعة أشهر ، قال : إنما الحمل تسعة أشهر ، قلت :
فتزوج ؟ قال : تحتاط بثلاثة أشهر ، قلت : فإنها ارتابت بعد ثلاثة أشهر ، قال : ليس
عليها ريبة ، تزوج .

المقام الرابع في علة الحامل : والمشهور في كلام الأصحاب أن عدتها وضع
الحمل حيناً كان أو ميتاً تاماً كان أو ناقصاً إذا تحقق أنه مبدأ نشو آدمي ، ويدل عليه
قوله عز وجل «وإولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» وهي بإطلاقها شاملة لما ذكرناه
من الأفراد ، ويدل على ذلك الأخبار أيضاً ، منها :

مارواه في الكافي ^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا طلقت المرأة وهي
حامل فأجلها أن تضع حملها وإن وضعت من ساعتها .

ومارواه في الفقيه في الصحيح والكليني ^(٢) في الموثق عن عبد الرحمن بن
الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : سألت عن الحبلى إذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً
ثم أو لم يتم فقد انقضت عدتها ، أو إن كان مضغة ، قال : كل شيء وضعت يستبين
أنه حمل ثم أو لم يتم فقد انقضت عدتها وإن كان مضغة ، وهو صريح فيما ذكرناه
من الأفراد المتقدمة .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٩ ب ٩ ح ٧ وما في المصادر اختلاف
يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٠ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢١ ب ١١ ح ١ .

وما رواه في التهذيب ^(١) عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل طلق امرأته وهي حبلى وكان في بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقي واحد ، قال : تبين بالأول ولا تحل للأزواج حتى تضع ما في بطنها .
وعن عبدالله بن سنان ^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن المرأة تضع ، أيحل لها أن تتزوج قبل أن تطهر ؟ قال : إذا وضعت تزوجت ، وليس لزوجها أن يدخل بها حتى تطهر .

وعن الحلبي ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : طلاق الحبلى واحدة ، وإن شاء راجعها قبل أن تضع ، وإن وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب .

وما رواه في الكافي ^(٤) عن إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام قال : طلاق الحامل واحدة ، فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه ، ورواه الصدوق عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وطريقه إليه في المشيخة صحيح ، فيكون الخبر صحيحاً .
وقال الصدوق في الفقيه : واعلم أن أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهو أقرب الأجلين ، فإذا وضعت أو أسقطت يوم طلقها أو بعده متى كان فقد بانت منه و حلت للأزواج فإذا مضى بها ثلاثة أشهر من قبل أن تضع ففسد بانت منه ولا تحل للأزواج حتى تضع ، انتهى ونقل ذلك عن ابن حمزة أيضاً .

وقال العلامة في المختلف : المشهور أن عدة الحامل وضع الحمل في الطلاق ، وقال الصدوق - ثم "أورد العبارة المذكورة ثم" قال : - وقال السيّد المرتضى : ممّا

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ١٠ ، التهذيب ج ٨ ص ٧٣ ح ١٦٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٠ ب ١٠ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٩ ح ١٧٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨١ ب ٤٩ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٧١ ح ١٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٩ ب ٩ ح ٨ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٨ ب ٩ ح ١ .

يظن "أن" الامامية مجمعة عليه ومنفردة به القول إن "عدة الحامل المطلقة أقرب الأجلين، بمعنى أن" المطلقة إذا كانت حاملاً وضعت قبل مضي "الأقراء الثلاثة فقد بانت بذلك، وإن مضت الأقراء الثلاثة قبل أن تضع حملها بانت بذلك أيضاً، وقد بينا في جواب المسائل الواردة من أهل الموصل المتضمنة أنه ما ذهب جميع أصحابنا إلى هذا المذهب، ولا أجمع العلماء منا عليه، وأكثر أصحابنا يفتي بخلافه، وإنما عول من خالف من أصحابنا على خبر يرويه زرارة عن الباقر عليه السلام وقد بينا أنه ليس بحجة، ثم سلمناه وقاؤله.

وقال ابن إدريس: وقد ذهب بعض أصحابنا إلى أن "الحامل عدتها أقرب الأجلين من حملتهم ابن بابويه، ومعنى ذلك أنه إن مرت بها ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها ولا تحل "للأزواج حتى تضع ما في بطنها، وإن وضعت الحمل بعد طلاقه بلا فصل بانت منه وحلت للأزواج، وتعجب منه، انتهى.

أقول: ظاهر كلامي المرتضى وابن إدريس ذهاب جملة من الأصحاب إلى هذا القول وأن "منهم الصدوق، وظاهر كلام المتأخرين تخصيص الخلاف بالصدوق. والذي يدل على هذا القول ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: طلاق الحامل واحدة وعدتها أقرب الأجلين.

وعن الحلبي^(٢) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: طلاق الحبل واحدة، وأجلها أن تضع حملها، وهو أقرب الأجلين.

ورواه في الكافي^(٣) أيضاً عن ابن مسكان عن أبي بصير في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام مثله.

والسيد السند في شرح النافع إنما استدل لهذا القول برواية أبي الصباح،

(١) الكافي ج ٦ ص ٨١ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٧٠ ح ١٥١، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٨ ب ٩ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤١٨، ٤١٩ ب ٩ ح ٢ و ٦.

ثم ردها بضعف السند لاشتماله على محمد بن الفضيل وهو مشترك، مع أنك قد عرفت ورود هذين الخبرين الصحيحين بذلك .

والتحقيق عندي في الجواب أن هذه الأخبار غير صريحة بل ولا ظاهرة فيما ادعاه الصدوق - رحمه الله عليه - لأن المفهوم من أخبار المسألة كمالاً بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن عدة الحامل وضع الحمل، فإنه أقرب الأجلين كما هو مدلول صحيحتي الحلبي وأبي بصير، وإنما وصف وضع الحمل بأنه أقرب الأجلين لجواز حصوله بعد الطلاق بلحظة أو أيام سيرة، ونحو ذلك بخلاف التحديد بالثلاثة الأشهر فإنه لا قرب فيها بالكليّة، وحينئذٍ فمعنى قوله في رواية الكتاني «وعدها أقرب الأجلين» أن عدتها هو وضع الحمل الذي هو أقرب الأجلين، فهو صفة لموصوف محذوف لأن المراد ما توهّمه - رحمه الله عليه - ومن معه من أن المعنى أقرب العدتين، بمعنى أن أيتهما سبق اعتدت به، فإنه مردود بالآية والأخبار المتكاثرة كما عرفت .

وعلى تقدير ما ذكرناه تجمع الآية وأخبار المسألة كمالاً ويرفع التنافي من البين .

وأما ما ذكره المرتضى من دلالة رواية زرارة عن الباقر عليه السلام على قول الصدوق فإننا لم نقف فيما وصل إلينا من الأخبار عليها، وإنما الذي وصل إلينا ما ذكرناه من الروايات الثلاث المنقولة، وتمام تحقيق الكلام في المقام يتم برسم مسائل :
الاولى :- اختلف الأصحاب فيما لو كانت حاملاً بائنتين فولدت واحداً فهل تبين بوضع الأول ، وإن لم ينكح إلا بعد وضع الثاني؟ أو أنها لا تبين إلا بوضعهما معاً؟ قولان :

(أولهما) للشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وابن الجنيّد وعليه تدل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^(١) المتقدمة .

(١) الكافي ج ٦ ص ٨٢ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٠ ب ١٠ ح ١ .

وقال أمين الاسلام الفضل بن الحسن الطبرسي في كتاب مجمع البيان^(١) « وروى أصحابنا أن الحامل إذا وضعت واحداً انقطعت عصمتها من الزوج، ولا يجوز لها أن تعقد على نفسها لغيره حتى تضع الآخرة » ويحتمل إرادة الرواية المذكورة وتقلها بالمعنى، ويحتمل أن يكون رواية أخرى بهذا اللفظ، ولعله الأقرب.

(وثانيهما) للشيخ في الخلاف والمبسوط وابن إدريس والعلامة والمحقق، وادعى في الخلاف إجماع أهل العلم عليه، واختاره في المسالك وسببه السيد السند في شرح النافع تمسكاً بظاهر الآية، فإنه مع بقاء شيء من الحمل في الرحم لا يصدق وضع حملهن، واستضافاً للرواية، قال: والرواية واضحة المتن، لكن في طريقها عدة من الواقف والمجاهيل، وذلك مما يمنع العمل بها.

وأنت خير بأنه وإن كان ظاهر الآية كما ذكره إلا أن مقتضى كلامه - رحمة الله عليه - أنه لو صح الخبر لا يمكن تخصيص الآية به، وحينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ويحكم بصحة الأخبار جرياً على ما جرت عليه متقدمو علمائنا الأبرار، فإنه له أن يخص الآية المذكورة به إذ لامعارض له في البين إلا إطلاق الآية، والجمع بين الدليلين بما ذكرنا أولى من طرح أحدهما كما هي القاعدة المطردة في كلامهم.

وممن ذهب إلى ما اخترناه المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي في كتاب الوسائل.

الثانية: ظاهر الآية والأخبار المتقدمة أن انقضاء العدة إنما يحصل بخروجه أجمع، فلو خرج نصفه أو أزيد متصلاً أو منفصلاً فإنه لا يصدق وضع الحمل المترتب عليه الخروج من العدة في الآية والأخبار، فتبقى أحكام الزوجية من الرجعة في الرجعية والميراث لو مات أحدهما، وهو ذلك وهو ظاهر.

الثالثة: لا خلاف ولا إشكال في أنه لا يكفي وضعه نطفة مع عدم استقرارها

(١) مجمع البيان ج ١٠ ص ٣٠٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢١ ب ١٠ ح ٢.

في الرحم ، وأما معه فظاهر الشيخ الحكم بانقضاء العدة بها مطلقاً ، وفيه إشكال للشك في كونه قد صار حملاً ، ويأتي مثل ذلك في العلة من الدم التي لا تخطيط فيها ، ووافق الشيخ هنا جماعة من الأصحاب منهم المحقق .

قال في المسالك : وهو قريب مع العلم بأنها مبدأ نشو آدمي ، وإلا فلا ، ولو سقطت مضغة فالأقرب كما استقر به في المسالك أيضاً أنها تكفي في العلم بذلك .

الرابعة : قال في المسالك : يشترط في الحمل كونه منسوباً إلى من العدة منه ، إما ظاهراً أو احتمالاً ، فلو انتفى عنه شرعاً لم يعتد به ، وإمكان تولده منه بأن يكون فعلاً أو مجبوباً له بقيّة أو لا معها ، لما تقدم من لحوق الحمل به ، ولو انتفى عنه شرعاً بأن ولدته تامةً لدون سنة أشهر من يوم النكاح أو لأكثر وبين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة لم تنقض به العدة . وكذا لا يلحق بالممسوح على الأظهر وإن أمكنت المساحقة في حقّه لفقد آلة التولد ، انتهى وهو جيد .

الخامسة : قد صرح الأصحاب بأنه لو طلقت المرأة فادعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل ، وهو تسعة أشهر عند بعض ، وهو المشهور كما تقدم ، وسنة عند آخر ، وعشرة أشهر عند ثالث ، ثم لا يقبل دعواها ، وقد تقدمت جملة من الروايات الدالة على هذا الحكم في صدر البحث الثاني من سابق هذا المقام ، وهي صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج ^(١) وروايات محمد بن حكيم ^(٢) وهي متفقة في الدلالة على التسعة ، وموثقة عمار المتقدمة في المذكور آنفاً وهي دالة على القول بالسنة . وأما القول بالعشرة فلم تقف له على خبر .

واستدل شيخنا في المسالك ونقله سبطه السيّد السند في شرح النافع على القول بالسنة بصحيفة عبدالرحمن بن الحجاج المشار إليها ، وهي مرواه في الصحيح وقال : سمعت أبا إبراهيم عليه السلام يقول : إذا طلق الرجل امرأته وادعت أنها حبل أتظر تسعة أشهر ، فإن ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ثم قد بانّت منه .

قال في شرح النافع : وهذه الرواية صريحة في وجوب الترتيب سنة ، لكنها لا تدل صريحاً على أن ذلك أقصى الحمل . انتهى ، ونحوه كلام جده في المسالك .

وأنت خبير بما فيه ، فإن الظاهر أن مرجع هذه الرواية إلى ما دلت عليه روايات محمد بن حكيم المتقدمة من أنها بعد الاسترابة أو ادعاء الحمل بعد الثلاثة فإنها تصبر تسعة أشهر ، فإن ظهر الحمل فيها وإلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر ، إلا أن أكثر روايات محمد بن حكيم صرح بأن تلك التسعة أقصى مدة الحمل ، وهذه الرواية فيها نوع إجمال ، إلا أنها عند التأمل ترجع إلى ذلك ، لأن قوله « وانتظر تسعة أشهر فإن ولدت وإلا اعتدت » ظاهر في أن التسعة أقصى مدة الحمل ، وإلا فلا معنى لفرض الولادة فيها ، ولو كان أقصى الحمل سنة كما يدعون دلالة هذا الخبر عليه لكان تخصيص هذا الفرض بالتسعة لاغياً ، لأن محله السنة لا التسعة ، والثلاثة التي بعد التسعة قد عرفت آتفاً أنها هي العدة الشرعية بعد تيقن براءة الرحم بمضي التسعة .

وبالجملة فإن روايات محمد بن حكيم وهذه الرواية قد اشتركت في الدلالة على أنها بالاسترابة ودعوى الحمل بعد الثلاثة تصبر تسعة أشهر ، فإن ظهر بها حمل وإلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر ، غاية الأمر أن أكثر روايات ابن حكيم صرح بكون التسعة أقصى مدة الحمل ، وهذه وإن لم تكن صريحة في ذلك إلا أنها ظاهرة فيه . ومع تسليم عدم ظهورها وأنها مطلقة في ذلك فإنه يجب تقييد إطلاقها على ما قيّد به تلك الأخبار ، وإلا كان ذكر التسعة في البين لغواً .

والدليل على القول بالسنة إنما هو موثقة عمار^(١) كما تقدم ، ولكنها حيث دلت على الترتيب سنة ثم الاعتداد بثلاثة أشهر فيكون الجميع خمسة عشر شهراً . مع أنه لا قائل بكون الحمل كذلك أطرحوها . وكيف كان فالعمل

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٣ ح ١ .

على القول بالتسعة .

السادسة: ^(١) قد صرح الأصحاب بأنه لو طلقها رجعيًا ثم مات استأنف عدة الوفاة ، أما لو كانت بائنًا فإنها تقتصر على إتمام عدة الطلاق . وعلل بأن المطلقة رجعيًا بحكم الزوجة فيثبت لها ما يثبت للزوجة من الأحكام كالتوارث بينهما والظهار والايلاء وغيرهما من أحكام الزوجية . ومنها ما هنا من وجوب استئناف عدة الوفاة وعدم البناء على ما تقدم بخلاف البائنة ، فإنها في حكم الأجنبية .

ويدل على ما ذكره من الحكم الأول جملة من الأخبار .

ومنها ما رواه في الكافي ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام «في رجل طلق امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة ثم مات عنها قال : تعتد بأبعد الأجلين أربعة أشهر وعشرًا» .

وعن هشام بن سالم ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل كانت تحته امرأة فطلقها ثم مات قبل أن تنقضي عدتها ، قال : تعتد بأبعد الأجلين عدة المتوفى عنها زوجها ،

وعن زرارة ^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام «قال : عدة المتوفى عنها زوجها آخر الأجلين لأن عليها أن تحد أربعة أشهر وعشرًا ، وليس عليها في الطلاق أن تحد» .

(١) أقول : هذه المسألة وإن لم تكن مناسبة بعنوان البحث في هذا المقام حيث أن موضوعه في عدة الحامل ، والمفروض فيها إنما هو عدة من مات عنها زوجها وهي في عدة الطلاق ، فلا مناسبة ، إلا أن أصحابنا قد صرحوا بهذا الحكم في هذا الموضع فحللونا حللهم وجربنا على ما جروا عليه ، فلا يظن بنا ظان الغفلة عن ذلك . (منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٩ ح ١١٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٣ ب ٣٦ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٢١ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٩ ح ١١٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٣ ب ٣٦ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٠ ح ١١٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ب ٣١ ح ٤ .

أقول: قوله «عدة المتوفى عنها زوجها» يعني إذا كانت مطلقة آخر الأجلين أي أبعدهما، وفيه تعليل استئناف عدة الوفاة بأنها يجب عليها الحداد فيها وهي أربعة أشهر وعشراً، فلا بد من الحداد فيها من أولها إلى آخرها، بخلاف عدة الطلاق فإنه ليس فيه حداد، ومن ثم وجب عليها استئناف عدة الوفاة.

وما رواه في الكافي والتهذيب^(١) في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: أيما امرأة طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضي عدتها ولم تحرم عليه فإنها ترثه، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، وإن توفيت وهي في عدتها ولم تحرم عليه فإنه يرثها - وزاد في التهذيب - وإن قتل ورثت من دينه، وإن قتلت ورث من دينها، ما لم يقتل أحدهما الآخر.

وما رواه في الفقيه^(٢) عن سماعة في الموثق قال: سألت عن رجل طلق امرأته ثم إنّه مات قبل أن تنقضي عدتها، قال: تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولها الميراث. وعن محمد بن مسلم^(٣) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة من غير جماع ثم توفى عنها وهي في عدتها، قال: ترثه، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، الحديث.

وأما الحكم الثاني وهو أنه متى كان الطلاق بائناً فإنها تقتصر على إتمام عدة الطلاق، فيدل عليه الأصل السالم من المعارض لأن ما تقدم من الروايات بعد ضم مطلقه إلى مقيده تقتضي اختصاص الاستئناف بالموت العدة الرجعية، ويدل عليه أيضاً مفهوم قوله في صحيحة محمد بن قيس «ولم تحرم عليه» الذي هو كناية عن الطلاق بائناً.

- (١) الكافي ج ٦ ص ١٢١ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٨٠ ح ١٩٤، وص ١٤٩ ح ١١٦ الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٤ ح ٣٦٦ و ٤ وما في المصدرين الآخرين اختلاف يسير.
- (٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٣ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٥ ح ٣٦٦.
- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٨١ ح ١٩٥، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣١ ح ١٣٥ وفيهما «تطليقة على طهر ثم...» مع اختلاف يسير.

وأما ما رواه في الكافي^(١) عن علي بن إبراهيم عن بعض أصحابنا في المطلقة البائنة إذا توفقي عنها زوجها وهي في عدتها قال: تعتد بأبعد الأجلين، فردها المتأخرون بضعف السند، قال في شرح النافع: وضعف هذه الرواية بمنع من العمل بها، وحمله بعض محدثي متأخري المتأخرين^(٢) على الاستحباب وفيها ما لا يخفى، ولا يحضرني الآن وجه وجهه تحمل عليه.

بقي هنا شيء وهو أنه لا إشكال فيما ذكرنا من وجوب استئناف عدة الوفاة لو مات الزوج في عدة الرجعية فيما إذا زادت عدة الوفاة على عدة الطلاق كما هو الغالب، وإنما الإشكال فيما لو انعكس الفرض كالمستراية التي عدتها في الطلاق تسعة أشهر أو سنة ثم ثلاثة أشهر بعد ذلك، فإن عدة الطلاق هنا تزيد من عدة الوفاة التي هي أربعة أشهر وعشرة أيام.

وحينئذ فهل تجتزي في هذه الحال بعدة الوفاة نظر إلى عموم أدلة عدة الوفاة وأنه لا فرق بين المستراية وغيرها؟ أو تعتبر بأبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة أيام ومن مدة يعلم فيها انتفاء الحمل لأنها بالاستراية تكون في معرض الحمل وفرض الحامل المتوفى عنها زوجها الاعتداد بأبعد الأجلين كما سيأتي ذكره إن شاء الله؟ أو أنه يجب عليها إكمال عدة المطلقة بثلاثة أشهر بعد التسعة أو السنة أو أربعة أشهر وعشرة أيام بعدهما عوض الثلاثة الأشهر؟ أوجه:

رجح في القواعد الأول على إشكال. واستوجهه السيد السند في شرح النافع قصراً لما خالف الأصل على موضع النص.

وقال في المسالك في توجية الأوجه المذكورة من إطلاق الحكم باتقائها إلى عدة الوفاة: ولادليل فيها على اعتبار ما زاد عن أبعد الأجلين، ثم يتجه فيها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ٢ وفيه وتوفي عنها وهي... الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٤ ب ٣٦ ح ٦.

(٢) هو المحدث الحر في كتاب الوسائل (منه - قدس سره -).

الاكتفاء بأربعة أشهر وعشرة ما لم يظهر الحمل لأصالة العدم ومن أن انتقالها إلى عدة الوفاة انتقال إلى الأقوى والأشد ، فلا يكون سبباً في الأضعف .
 ووجه الثالث أن التربص بها مدة يظهر فيها عدم الحمل لا يحتسب من العدة كما سبق ، وإنما تعتد بعدها ومن ثم وجب للطلاق ثلاثة أشهر ، فيجب للوفاة أربعة أشهر وعشرة ، والحق الاقتصار في الحكم المخالف للأصل على مورده ، والرجوع في غيره إلى ما تقتضيه الأدلة ، وغايتها هنا التربص بها إلى أبعد الأجلين من الأربعة الأشهر وعشرة والمدة التي يظهر فيها عدم الحمل ولا يحتاج بعدها إلى أمر آخر ، ودعوى الانتقال هنا إلى الأقوى مطلقاً ممنوع ، وإنما الثابت الانتقال إلى عدة الوفاة كيف اتفق . انتهى .

أقول : والمسألة لا تخلو من شوب الاشكال ، لعدم الدليل الواضح في هذا المجال وندافع التعليقات وقيام الاحتمال ، إلا أنه يمكن أن يقال - ولعله الذي تجتمع عليه الأخبار - : إن مقتضى أخبار عدة الوفاة هو وجوب إلغاء عدة الطلاق والعمل بعدة الوفاة ، ومقتضى أخبار المسترابة هو التربص تسعة أشهر أو سنة ، ثم الثلاثة الأشهر بعد أي منهما ، والجمع بين روايات الطرفين يقتضي الانتقال إلى عدة الوفاة ، بأن يكون في الثلاثة الأخيرة بعد إتمام التسعة أو السنة ، لأن عدة الطلاق في المسترابة إنما هي الثلاثة الأشهر الأخيرة ، دون التسعة أو السنة كما مر تحقيقه ، والتسعة أو السنة إنما هي لاستبراء الرحم ، وإن أطلق عليها لفظ العدة في بعض الأخبار توسعاً وتجاوزاً ، حينئذ فلو مات في ضمن التسعة أو السنة وجب إتمامها ثم الاعتداد بعدة الوفاة ، ولو مات في ضمن الثلاثة وجب استئناف عدة الوفاة .

وبالجملة فإن روايات استئناف عدة الوفاة دلت على أن ذلك إذا وقع الموت في ضمن العدة الرجعية ، والعدة بالنسبة إلى المسترابة إنما هي الثلاثة الأخيرة كما عرفت فيختص الحكم بها ، ويؤيده أن ذلك هو الأحوط ، وفيه عمل بروايات

الطرفين وعدم إلغاء شيء منها في البين .

السابعة : قد تقدم^(١) أنه يشترط في الحمل الذي تنقضي العدة بوضعه كونه منسوباً إلى من العدة منه ، وعلى هذا فلو حملت من الزنا ثم طلقها الزوج بأن يعلم انتفاؤه عن الفرائض بكونه غائباً عنها تلك المدة، أو ولد تاماً لدون ستة أشهر من يوم النكاح فإنها تعتد بما كانت تعتد به لولا الزنا، فإن لم يجامع حملها حيض اعتدت بالأشهر، وإن جامعه وقلنا بجواز حيضها كما هو أظهر القولين اعتدت بالأقراء وبافتاء الأشهر أو الأقراء، وإن لم تضع حملها فإن الزنا لا حرمة له، حملت منه أو لم تحمل، ولذا أيضاً أنه لو حملت من الزنا ولم تكن ذات بعل فإنه يجوز لها التزويج قبل أن تضع، وعليه ظاهر اتفاق كلمة الأصحاب.

أما لو لم تحمل من الزنا فظاهر الأكثر أنها كذلك. وقرب في التحرير أن عليها مع عدم الحمل العدة وهو الظاهر عندي.

وعليه يدل ما رواه في الكافي^(٢) عن إسحاق بن جرير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدو له في تزويجها، هل يحل له ذلك؟ قال : نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها الخبر .

وفي معناه رواية كتاب تحف العقول^(٣) للحسن بن علي بن شعبة، وقد تقدمت.

(١) تقدم ذلك في المسألة الرابعة من هذه المسائل. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣١ ب ١١ ح ٤.

(٣) وهي ما رواه في الكتاب المذكور [تحف العقول ص ٣٣٢ وفيه اختلاف يسير] عن أبي جعفر محمد بن علي الجواد عليه السلام وأنه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا، أيحل له أن يتزوجها؟ فقال : يدعها حتى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره، إذ لا يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره كما أحدثت معه، ثم يتزوج بها إذا أراد الحديث.

(منه - قدس سره -)

وتؤيدهما الأخبار ^(١) الدالة على أنه إذا أدخله فقد وجبت العدة والمهر

والرجم والغسل .

ولو كان الوطء بشبهة وحملت ثم طلقها فلا يخلو إما أن يكون إلحاق الولد بالزوج من حيث الفرائض أم لا ، بل بالواطء بعد الزوج عنها في تلك المدة فلا يمكن إلحاقه به ، وحينئذٍ فيجب عليها عدة الطلاق خاصة ^(٢) على الأول ، وعلى الثاني يجب عليها كما صرحوا به عدنان بأن تعتد أولاً من الواطء بوضع الحمل ثم من الزوج عدة الطلاق . قالوا : ولا يتداخلان عندنا لأنهما حقان مقصودان للآدميين كالدين ، فتداخلهما على خلاف الأصل .

وأنت خير بما في هذا التعليل وأمثاله كما عرفت في غير موضع مما تقدم وقد تقدم في كتاب النكاح اختلاف الروايات في اتحاد العدة أو تعددها في مثل هذا الموضع ، وهو نكاح الشبهة ، وأن المشهور بين الأصحاب بل كاد يكون إجماعاً هو التعدد ، مع أن المفهوم من جملة من الأخبار أن التعدد مذهب العامة ومقتضاه حمل أخبار التعدد على التيقية ، وأن القول بالاتحاد هو الأظهر .

ومن الأخبار المشار إليها مارواه المشايخ الثلاثة ^(٣) عن زرارة قال : سألت أبا جعفر ^{عليه السلام} عن امرأة نسي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ، فجاء زوجها الأول ففارقها وفارقها الآخر ، كم تعتد للناس ؟ قال : ثلاثة قروء ، وإنما يستبرئ زوجها بثلاثة قروء ، وتحل للناس كلهم ، قال زرارة : وذلك أن أناساً قالوا : تعتد عدتين من كل واحد عدة ،

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ١ و ٢ و ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ب ٥٨ ح ١٧ و ١٨ .

(٢) ما ذكر حكم ما لو تقدم وطء الشبهة على الطلاق ، أما لو انعكس الأمر بأن طلقها ثم وطئت بالشبهة فإنهم صرحوا بأن ما مضى بعد الطلاق من المدة قبل الوطء يحسب من العدة وتعتد من الوطء بوضع الحمل ثم تعود إلى إتمام بقية عدة الطلاق بعد الوضع ، حيث أنه لا تداخل في العدتين . (منه - قلنس سره -) .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٠ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٩ ح ١٧١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٨ ب ٣٨ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .

فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام وقال : تعتد ثلاثة قروء وتحل للرجال .

وما رواه في الكافي ^(١) عن يونس عن بعض أصحابه في امرأة نعي إليها زوجها وتزوجت، ثم قدم الزوج الأول، فطلقها وطلقها الآخر قال : فقال إبراهيم النخعي عليها أن تعتد عدتين، فحملها زارة إلى أبي جعفر عليه السلام فقال : عليها عدة واحدة وبالجمله فأتهم لقصور تتبعهم للأخبار يقعون في مثل هذا وأمثاله .

المقام الخامس : في عدة الوفاة وما يترتب عليها ، والمعتدة عدة الوفاة إما أن تكون حائلاً أو حاملاً، فالكلام هنا في مواضع :

الاول : في عدة الحائل، لا خلاف بين الأصحاب وغيرهم في أن الحرة الحائل المتوقفة عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام صغيرة كانت أو كبيرة مدخولاً بها أم غير مدخول بها دائمة أو متمتعاً بها، والأصل في ذلك قوله عز وجل والذين يتوقون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ^(٢) وهي بإطلاقها شاملة لما ذكرنا من الأفراد وغيرها من الأمة والحامل، إلا أن هذين الفردين المذكورين خرجا بالدليل كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى .

وأما الأخبار الواردة في المقام فهي مستفيضة .

ومنها ما رواه في الكافي و التهذيب ^(٣) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحتة امرأه لم يدخل بها، قال : لها نصف المهر ولها الميراث كاملاً وعليها العدة كاملة .

وعن عبيد بن زرارة ^(٤) في الموثق فقال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٨ ب ٣٨ ح ٢ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٢ ب ٣٥

ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٩، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ب ٥٨

ح ٣ .

امراً ولم يدخل بها، قال : إن هلك أو طلقها فإياها النصف، وعليها العدة كمالاً ولها الميراث .

ومارواه في الكافي^(١) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن رجل عن علي بن الحسين عليه السلام أنه قال في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها أن لها نصف الصداق، ولها الميراث وعليها العدة .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرأ فلها نصف ما فرض لها ولها الميراث وعليها العدة .

وبهذا المضمون عدة من الأخبار قد أشرت في الدلالة على أن المتوفى عنها زوجها قبل الدخول عليها العدة كمالاً .

إلا أنه قد روى الشيخ في التهذيب^(٣) عن محمد بن عمر الساباطي قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : لا عدة عليها وسألته عن المتوفى عنها زوجها من قبل أن يدخل بها ، قال : لا عدة عليها هما سواء .

وردها المتأخرون كما في المسالك وشرح النافع للسيد السند لضعف السند وشذوذها ومخالفتها للقرآن .

أقول : والأظهر عندي أنها محمولة على التقية كما يشير إليه مارواه الشيخ في التهذيبين^(٤) عن عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ب ٥٨ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ١٠٠ وفيهما وإن لم يكن وقد دخل ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ب ٥٨ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٢ ب ٣٥ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٣ ب ٣٥ ح ٥ .

امرأته قبل أن يدخل بها ، أعليها عدة ؟ قال : لا ، قلت له : المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها ، أعليها عدة ؟ قال : أمسك عن هذا .

ومارواه في الكافي ^(١) عن عبيد بن زرارة في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها ، قال : هي بمنزلة المطلقة التي لم يدخل بها إن كان سمى لها مهرأ فلها نصفه وهي ثرته ، وإن لم يكن سمى لها مهرأ فلا مهر لها وهي ثرته ، قلت : العدة ؟ قال : كف عن هذا ولا ريب أن أمره عليه السلام للسائل بالكف في هذين الخبرين لادوجه له إلا التقيّة .

و من أخبار المسألة ما رواه الصدوق في الفقيه ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها ، هل عليها العدة ، قال : تعتد أربعة أشهر وعشراً - إلى أن قال : - قلت : فتحد ؟ قال : فقال : نعم ، إذا مكثت عنده أياماً فعليها العدة وتحد وإذا كانت يوماً أو يومين أو ساعة من النهار فقد وجبت العدة ولا تحد .

ومارواه عن عمر بن اذينة عن زرارة ^(٣) في الصحيح قال : سألت أبا جعفر عليه السلام : ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي تمتع بها ؟ قال : أربعة أشهر وعشراً ، قال : يازرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة ، أو على أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزوجها أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً ، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر ، و الأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة ، وكذلك المتعة عليها ما على الأمة .

وأما ماورد في رواية علي بن يقطين ^(٤) من أن عدتها في الوفاة خمسة وأربعون يوماً ، وفي رواية أخرى ^(٥) خمسة وستون يوماً فقد تقدم الكلام فيها في كتاب النكاح

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ب ٥٨ ح ١١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤ و ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ب ٥٢ ح ١ و ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٥ و ١٤٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ب ٥٢ ح ٣ و ٤ .

في الفصل الثالث في نكاح المتعة ^(١).

و من أخبار المسألة أيضاً ما رواه في الكافي ^(٢) عن محمد بن سليمان عن أبي جعفر الثاني عليه السلام قال: قلت له: جعلت فداك كيف صارت عدة المطلقة ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر و صارت عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرأ ، فقال : أما عدة المطلقة ثلاثة قروء فلاستبراء الرحم من الولد، وأما عدة المتوفى عنها زوجها فإن الله عز وجل شرط للنساء شرطاً و شرط عليهن شرطاً فلم يجيء بهن فيما شرط لهن، ولم يجز فيما اشترط عليهن، أما ما شرط لهن في الایلاء أربعة أشهر إذ يقول الله عز وجل «وللذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر» ^(٣) فلم يجوز لأحد أكثر من أربعة أشهر في الایلاء لعلمه تبارك و تعالی أنه غاية صبر المرأة من الرجل، و أما ما شرط عليهن فإنه أمرها أن تعتد إذا مات عنها زوجها أربعة أشهر وعشرأ ، فأخذ منها له عند موته ما أخذ لها منه في حياته عند إيلائه قال الله تبارك و تعالی في عدتهن «يتربص بأنفسهن» أربعة أشهر وعشرأ، ولم يذكّر العشرة الأيام في العدة إلا مع الأربعة الأشهر في ترك الجماع فمن ثم أوجه عليها ولها .

قال في الوافي: «فلم يجيء بهن» بسكون الجيم من جاء كسعي أي لم يجبهن و لم يمسكهن «ولم يجز» بضم الجيم من الجور خلاف العدل ، انتهى .

أقول : قد نقل بعض مشايخنا المحدثين من متأخري المتأخرين أن في بعض النسخ بالحاء المهملة قال : من المحاباة بمعنى العطية والصلات، أي قرر هذا الحكم وفقاً لطاقتهم و وسعهم فيما فرض لإصلاحهن ، وفيما فرض عليهن فلم يجاب و لم يتفضل عليهن فيما شرط لهن في الایلاء بأن يفرض أقل من أربعة أشهر ، و لم يجز عليهن من الجور والظلم فيما فرض عليهن في عدة الوفاة بأن

(١) الحدائق ج ٢٤ ص ١٩٠ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٢ ب ٣٠ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٢٦ .

يفرض أكثر من أربعة أشهر ، وأما العشر فلعله لم تحسب لاشتغالها فيه بالتعزية وانكسار شهوتها بالحزن، فكأنه غير محسوب ، وفي بعض النسخ بالجيم ، ويمكن أن يكون مهموزاً من جأى كسعى: أي جلس ، أي لم يجلسهن " ولم يمسكهن ، والأول أظهر ، انتهى .

أقول : والمحابة لغة بمعنى المسامحة ، إلا أنها ترجع إلى العطية ، قال في كتاب المصباح المنير ^(١) : بأن " محابة مسامحة مأخوذة من حبة إذا أعطيته ، و حينئذٍ فالمراد أنه سبحانه لم يسامحن " بأن يفرض لهن " في الإبراء أقل " من الأربعة أشهر .

قال في المسالك: تعتبر مدة العدة بالهلال ما أمكن ، فإن مات الزوج في خلال شهر هلالى و كان الباقي منه أكثر من عشرة أيام تعد " ما بقي وتحسب ثلاثة أشهر عقبيه بالأهله ، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة و تضم " إليها عشرة أيام ، فإذا انتهت إلى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العدة ، وإن كان الباقي أقل " من عشرة أيام ولم تعده وتحسب أربعة أشهر بالأهله عقبيه و تكمل الباقي عشرة من الشهر السادس ، وإن كان الباقي عشرة بلازيادة و لا نقصان اعتدت بها ، و تضم " إليها أربعة أشهر بالأهله ، و في هذا المنكسر ثلاثين ، أو لا كفاء يكامل ما فات منه خاصة ما تقدم في نظائره من الخلاف ، وإن انطبق الموت على الشهر الهلالى حسبت أربعة أشهر بالأهله وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس ، فلو كانت محبوسة لا تعرف الهلال ولا تجد من يخبرها ممن يعتمد بقوله اعتدت بالأيام ، وهي مائة وثلاثون يوماً ، انتهى كلامه وهو جيد . والعشرة المعتبرة في العدة هي عشرة ليال مع أيامها ، وإن كانت الأيام غير داخلية في العشر المجردة عن الناء على المشهور عند أهل اللغة .

الثانى : في عدة الحامل ، وهي أبعد الأجابن من وضعها و استكمال أربعة

(١) المصباح المنير ص ١٦٥ وفيه هكذا «وحاباه محابة سامحه مأخوذ من حيوته إذا أعطيته» .

أشهر وعشرة أيام ، وهو موضع وفاء وإجماع كما نقله غير واحد منهم ، وعليه تدل الأخبار المتكاثرة.

قيل : وفيه جمع بين عموم الآيتين ، وهما قوله عز وجل «الذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً» وقوله تعالى «وإلا فلا عوم فيها بحيت يشمل عدة الوفاة» وبالجمله فالمرجع في ذلك إنما هو إلى الأخبار الواردة بذلك .

والفريق في ذلك أن الحامل داخلة تحت عموم الآيتين وشملها عمومها ، وامتنال الأمر يقتضي التربص بأبعد الأجلين ليحصل كل من العدين . وفيه أن الظاهر من سياق آية وضع الحمل موردها إنما هو عدة الطلاق فلا عموم فيها بحيث يشمل عدة الوفاة ، وبالجمله فالمرجع في ذلك إنما هو إلى الأخبار الواردة بذلك .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن سماعة في الموثق قال : قال : المتوفى عنها زوجها الحامل ، أجلها آخر الأجلين إذا كانت حبلى فتمت لها أربعة أشهر وعشراً ولم تضع فإن عدتها إلى أن تضع ، وإن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر وعشراً تمتد بعدما تضع تمام أربعة أشهر وعشراً ، وذلك أبعد الأجلين . وما رواه في الكافي^(٢) عن عبدالله بن سنان في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الحبلى المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين .

وعن محمد بن قيس^(٣) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة توفى عنها زوجها وهي حبلى ، فولدت قبل أن تنقضي أربعة أشهر وعشر فتزوجت ، فقضى أن يخلى عنها ثم لا يخطبها حتى ينقضي آخر الأجلين

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٠ ص ١١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٥ ب ٣١ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٥ ب ٣١ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ب ٣١ ح ٣ .

فإن شاء أولياء المرأة أنكحوها وإن شاءوا أمسكوها ، فإن أمسكوها ردوا عليه ماله .

وعن محمد بن مسلم ^(١) في الموثق قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها تضع وتزوج قبل أن يخلو أربعة أشهر وعشر؟ قال : إن كان زوجها الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما واعتدت ما بقي من عدتها الأولى وعدة أخرى، ومن لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت ما بقي من عدتها، وهو خاطب من الخطأب .

وعن الحلبي ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : في الحامل المتوفى عنها زوجها تنقضي عدتها آخر الأجلين .

وعن زرارة ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : عدة المتوفى عنها زوجها آخر الأجلين لأن عليها أن تحد أربعة أشهر وعشراً وليس عليها في الطلاق أن تحده وإطلاقها محمول على الحامل لما عرفت من أخبار المسألتين .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن تمضي لها أربعة أشهر وعشراً ، فقال : إن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم لم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقي عليها من الأول ، واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء ، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما ، واعتدت بما بقي عليها من الأول وهو خاطب من الخطأب .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ب ٣١ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٥ ب ٣١ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٦ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٦ ب ١٧ ح ٦ .

وما في المصادر اختلاف يسير .

وخالف العامة في هذا الحكم فجعلوا عدتها وضع الحمل كالطلاق ولو بلمحظة من يوم الوفاة، والأخبار كما ترى ترده .

الثالث : فيما يترتب عليها وهو الحداد، ولا خلاف فيه بين كافة أهل العلم من الخاصة والعامة، والأخبار به من الفريقين متضادة، وهو عبادة عن ترك الزينة، وعلى ذلك اتفقت كلمة الفقهاء وأهل اللغة أيضاً .

قال في كتاب المصباح المنير: ^(١) حدث المرأة على زوجها تحد، وتحد حداداً بالكسر فهي حادٌ بغير هاء، وأحدث إحداداً فهي محدٌ، ومحددة، إذا تركت الزينة لموته، وأكرر الأصمعي الثلاثي واقتصر على الرباعي، انتهى .
و قال في الصحاح: ^(٢) أحدث المرأة أي امتنعت من الزينة والنضاب بعد وفاة الزوج .

وقال في القاموس: ^(٣) والحادة المحددة تاركة الزينة للعدة .
و ظهر عبادة الصحاح الاقتصار على الرباعي كما ذكره الأصمعي، وعبادة القاموس ظاهرة فيهما .

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه في الكافي ^(٤) عن ابن أبي يعفور في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن المتوفى عنها زوجها، فقال: لا تمسح للزينة ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً، ولا تبين بيتها، و تقضي الحقوق، وتمشط بغسله، وتحجج وإن كانت في عدتها .

قال في كتاب مجمع البحرين: ^(٥) والغسلة بالكسر الطيب وما يجعله المرأة

(١) المصباح المنير ص ١٧١ .

(٢) الصحاح ج ٢ ص ٤٦٣ .

(٣) القاموس المحيط ج ١ ص ٢٨٧ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٠ ب ٢٩ ح ٢ .

(٥) مجمع البحرين ج ٥ ص ٤٣٤ .

في شعرها عند الامتشاط، ونحوه ما نقل عن الصحاح^(١) .
 وفي القاموس: ^(٢) ما تجمله المرأة في شعرها عند الامتشاط وما يغسل به الرأس
 من خطمي ونحوه، ونحوه قال في كتاب المصباح المنير^(٣) وظاهر عبارة الصحاح
 وكتاب المجمع اشتماله على الطيب .
 وما رواه في الكافي^(٤) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال فيه: فتمسك
 عن الكحل والطيب والأصباغ .
 وعن أبي العباس^(٥) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المتوفى عنها زوجها قال:
 لا تكتحل للزينة ولا تطيب، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً، ولا تخرج نهاداً، ولا تبث عن
 بيتها، قلت: أرايت إن أرادت أن تخرج إلى حق كيف تصنع؟ قال: تخرج
 بعد نصف الليل وترجع عشاءً .
 وعن زرارة^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المتوفى عنها زوجها ليس لها أن
 تطيب ولا تزين حتى تنقضي عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام .
 وعن أبي بصير^(٧) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المرأة يتوفى عنها
 زوجها وتكون في عدتها، أخرج في حق؟ فقال: إن بعض نساء النبي صلى الله عليه وآله سألت
 فقالت: إن فلانة توفي عنها زوجها، فتخرج في حق؟ ينوبها؟ فقال لها رسول الله
صلى الله عليه وآله: أف؟ لكن قد كنتن من قبل أن ابعث فيكن، وأن المرأة منكن إذا توفي
 عنها زوجها أخذت بعسرة فرمت بها خلف ظهرها، ثم قالت: لا أمتشط ولا أكتحل

(١) الصحاح ج ٥ ص ١٧٨١ .

(٢) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٤ .

(٣) المصباح المنير ص ٦١٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٩ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٦ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٠ ب ٢٩ ح ٣ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١١٧ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٠ ب ٢٩ ح ٤ .

(٧) الكافي ج ٦ ص ١١٧ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٩ ب ٣٣ ح ٧ .

ولا أختضب حولاً كاملاً، وإثماً أمر تكن بأربعة أشهر وعشراً ثم لا تصبرن، لا تمتشط ولا تكتحل ولا تختضب ولا تخرج من بيتها نهراً ولا تبث عن بيتها، فقالت: يا رسول الله فكيف تصنع إن عرض لها حق؟ فقال: تخرج بعد زوال الليل وترجع عند المساء، فتكون لم تبث عن بيتها قلت له: فتحج؟ قال: نعم.

وعن محمد بن مسلم^(١) قال: جاءت امرأة إلى أبي عبد الله عليه السلام تستفتيه في المبيت في غير بيتها وقدمات زوجها، فقال: إن أهل الجاهلية كان إذا مات زوج المرأة أحدثت عليه امرأته اثني عشر شهراً، فلما بعث الله محمداً صلى الله عليه وآله وسلم رحم ضعفتهم فجعل عدتهن أربعة أشهر وعشراً، وأتت لا تصبرن على هذا.

وما رواه في كتاب الفقيه^(٢) في الصحيح قال: كتب الصفار إلى أبي محمد الحسن ابن علي عليه السلام في امرأة مات عنها زوجها، وهي في عدة منه، وهي محتاجة لا تجد من ينفق عليها، وهي تعمل للناس، هل يجوز لها أن تخرج وتعمل وتبث عن منزلها في عدتها قال: فوقع عليه السلام: لا بأس بذلك إن شاء الله.

وما رواه في الفقيه والتهذيب^(٣) عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المرأة يموت زوجها، هل يحل لها أن تخرج من منزلها في عدتها؟ قال: نعم وتختضب وتدهن وتكتحل وتمشط وتصبغ وتلبس المصبغ وتصنع ما شاءت بغير زينة لزوج.

ومارواه في الكافي^(٤) عن ابن بكير في الموثق قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٧ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦١ ب ٣٤ ح ٣.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٢ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦١ ب ٣٤ ح ١.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٨٣ ذيل ح ١٩٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٨ ب ٣٣ ح ١ مع اختلاف يسير في الأخيرين.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ١٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٩ ب ٣٣ ح ٣.

عن التي توفي عنها زوجها أتصح؟ قال: نعم ونخرج وتنتقل من منزل، ورواه في الفقيه من سلاً مقطوعاً .

وما رواه في الكافي ^(١) عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن المتوفى عنها زوجها أتخرج من بيت زوجها؟ قال : تخرج من بيت زوجها وتصح وتنتقل من منزل إلى منزل .

أقول : والمفهوم من هذه الأخبار أن الحداد هو ترك كل ما يعد زينة في البدن أو اللباس وإن اختلف ذلك باختلاف العادات في البلدان ، فيحكم على كل بلد بما هو المعتاد فيها، فلا يحرم عليها دخول الحمام ولا تنظيف البدن ولا تسريح الشعر ولا تقليم الأظفار ولا السواك ولا السكنى في المساكن العالية ولا التدثر بالفرش الفاخرة ، لأن ذلك لا يعد من الزينة عرفاً .

وظاهر صحيحة ابن أبي يعفور المتقدمة ورواية أبي العباس جواز الكحل للضرورة وعدم قصد الزينة به، وفيها إشارة إلى أن ما كان زينة وألجأت إليه الضرورة فإنه لا بأس به. ويؤيده ماورد من أن الضرورات تبيح المحظورات، وإن لم يرد بهذا اللفظ، إلا أن هذا المعنى مستفاد من عدة من الأخبار تقدمت الإشارة إليها في غير موضع .

وفي المسالك أنه مع الضرورة إلى الاكتحال فتكتحل ليلاً وتمسحه نهائراً وفيه أن إطلاق الخبرين المتقدمين تدفعه ، فإنه متى كان الاكتحال لغير الزينة فلا بأس ببقائه نهائراً، والنفع المترتب عليه لا يختص بالليل وإن كان آكداً والاحتياط يقتضي الوقوف على ما ذكره إذا لم تلجأ الضرورة إليه نهائراً .

وأما ما يظهر من موثقة عمارة من أنها تختضب وتدهن وتصبغ وتصنع ماشاءت، فلا يخلو من مدافعة لما تقدمها من الأخبار ، ومن ثم قال في الوافي ذيل الموثقة المذكورة : ينبغي حل هذا الخبر على الشذوذ .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٦ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٩ ب ٣٣ ح ٥.

أقول : أما ما اشتمل عليه الخبر المذكور من التدهرن والامتشاط فالظاهر أنه غير داخل في الزينة لما عرفت ، وأما الخضاب والصبغ وأن تصنع ما تشاء فالظاهر حمله على الضرورة ، وإليه يشير قوله « لغير زينة من زوج » أي يجوز فعل هذه الأشياء لا لقصد التزيّن للأزواج وليس بعد ذلك إلا لغرض ألجأت إليه الضرورة .
بقي الكلام في اختلاف هذه الأخبار في جواز الخروج من بيتها والبيات في غيره ، فإن أكثر الأخبار قد دلّ على المنع بآكد وجه إلا مع الضرورة ، فتخرج بعد نصف الليل وتعود عشاء ، وجملة منها قد دلّ على الجواز مطلقاً ، وهي الأخبار الأخيرة ، والظاهر الجمع بينها بما تضمنته صحيحة الصفار المتقدمة من إلباء الحاجة إلى ذلك والضرورة فتخرج نهاراً ، وتبيت في غيره ليلاً .

و الشيخ في كتابي الأخبار جمع بينها بحمل أخبار النهي عن البيوتة عن بيتها على الاستحباب كما هو قاعده غالباً في جميع الأبواب ، وظاهر الأخبار المانعة بآكد منع لا يساعده .

ومن أخبار المسألة زيادة على ما قدمنا ما رواه أبو منصور أحمد بن أبي طالب الطبرسي في الاحتجاج والشيخ في كتاب الغيبة^(١) عن صاحب الزمان عليه السلام كتب في أجوبة مسائل محمد بن عبدالله بن جعفر الحميري حيث سأله عن المرأة يموت زوجها ، هل يجوز لها أن تخرج في جنازته أم لا ؟ التوقيع : تخرج في جنازته ، وهل يجوز لها وهي في عدتها أن تزور قبر زوجها ؟ التوقيع : تزور قبر زوجها ولا تبيت عن بيتها ، وهل يجوز لها أن تخرج في قضاء حق يلزمها أم لا تخرج من بيتها في عدتها ؟ التوقيع : إذا كان حق خرجت فيه وقضته ، وإن كان لها حاجة ولم يكن لها من ينظر فيها خرجت لها حتى تقضيها ، ولا تبيت إلا في منزلها .

أقول : وهذا الخبر قد اشتمل على ما فصلناه في تلك الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدها وملخصه أنه مع الضرورة إلى الخروج فلا إشكال في جواز الخروج

(١) الاحتجاج ص ٢٦٩ ، الغيبة ص ٢٤٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٠ ب ٣٣ ح ٨ .

وإن استلزم البياض في غير بيتها، ومع عدم الضرورة فإنه يرخص لها الخروج لقضاء الحقوق التي يلزمها من عيادة مريض أو حضور تعزية ونحو ذلك من الحقوق التي يقوم بها النساء بعضهم^(١) لبعض ونحو ذلك من الأمور المستحبة، لكن لا تبين إلا في بيتها، ولا ينافي ذلك الأخبار الدالة على جواز الانتقال من منزل إلى آخر. ومنها زيادة على ما قدمناه ما رواه في الكافي^(٢) عن معاوية بن عمار في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المرأة المتوفى عنها زوجها تعتد في بيتها أو حيث شاءت؟ قال: بل حيث شاءت، إن علياً عليه السلام لما توفي صرأتى أم كلثوم فأنطلق بها إلى بيتها.

وعن سليمان بن خالد^(٣) في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة توفي عنها زوجها، أين تعتد في بيت زوجها تعتد أو حيث شاءت؟ قال: بل حيث شاءت، ثم قال: إن علياً عليه السلام مات عمرأتى أم كلثوم فأخذ بيدها فأنطلق بها إلى بيتها.

وعن عبد الله بن سليمان^(٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتوفى عنها زوجها أخرج إلى بيت أبيها وأُمها من بيتها إن شاءت فتعتد؟ فقال: إن شاءت أن تعتد في بيت زوجها اعتدت، وإن شاءت اعتدت في أهلها، ولا تكتحل ولا تلبس حلياً. وعن يونس^(٥) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المتوفى عنها زوجها أعتدت في بيت تمك فيه شهراً أو أقل من شهر أو أكثر ثم تتحول منه إلى غيره فتمك في المنزل الذي تحولت إليه مثل ما مكنت في المنزل الذي تحولت

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٥ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٨ ب ٣٢ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٥ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٦١ ح ١٥٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٧ ب ٣٢ ح ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٨ ب ٣٢ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٦ ح ٩، التهذيب ج ٨ ص ١٦٠ ح ١٥٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦١ ب ٣٤ ح ٢.

منه، كذا صنعتها حتى تنقضي عدتها؟ قال: يجوز ذلك لها ولا بأس،
و الشيخ ومن تبعه قد عملوا بهذه الأخبار، فقالوا بجواز ترك البيات في
المنزل وجواز الخروج حيث شاءت، وحملوا أخبار النهي على الكراهة.
والأقرب أن جواز الانتقال من منزل إلى آخر لا ينافي وجوب الاستقرار
في ذلك المنزل الذي استقرت فيه، فلا يجوز لها الخروج والرجوع إليه إلا في
الصورة التي قدمنا ذكرها من الضرورة وقضاء الحقوق، فلا منافاة.
وفي المقام فوائد يجب التنبيه عليها:

الاولى: ما ذكرنا من الحكم المذكور مختص بالزوجة، فلا يتعدى إلى
غيرها من أقارب الميت وبناته ولا إلى إمامته ولو كن موطوءات أو أمهات أو أولاد،
للأصل، وتعليق الحكم في الأخبار على الزوجة المشار إليها بالمتوفى عنها زوجها
نعم قد ورد في بعض الأخبار الأمر بالاعتداد لهن ثلاثاً.
فروى الشيخ في التهذيب^(١) عن محمد بن مسلم قال: ليس لأحد أن يحد
أكثر من ثلاثة إلا المرأة على زوجها حتى تنقضي عدتها.
وعن أبي يحيى الواسطي^(٢) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
يحد الحميم على حميمه ثلاثاً، والمرأة على زوجها أربعة أشهر وعشراً، والظاهر
أنه على الاستحباب.

الثانية: قد صرح في المسالك بأنه لا فرق في الزوجية بين الصغير والكبير
ولا المسلمة والكافرة، ولا بين المدخول بها وغيرها، لا طلاق الأدلة المتقدمة، وعلى
هذا فالتكليف في الصغيرة متعلق بالولي، فعليه أن يجنبها ما تجنبه الكبيرة من
الامور المعتبرة في الحداد ونحوها المجنونة، انتهى.

وظاهره أن الحكم المذكور اتفاقي، حيث لم يشر إلى خلاف فيه، مع
أن المنقول عن ابن إدريس منع ذلك في الصغيرة فإنه لا حداد عليها، وإليه مال

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٠ ح ١٥٥ و ١٥٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٠ ح ٢٩ ص ٦٥.

العلامة في المختلف أيضاً، حيث نقل ذلك عن ابن إدريس فقال في الكتاب المذكور - بعد أن نقل عن الشيخ^(١) في الخلاف والمبسوط القول بوجوب العدة عليها - ما لفظه: وقال ابن إدريس: ولي في الصغيرة نظر، لأن لزوم الحداد حكم شرعي وتكليف سمعي، والتكاليف لا تتوجه إلا إلى العقلاء، وإثماً ذهب شيخنا في مسائل خلافه إلى أن الصغيرة يلزمها الحداد، ولم يدل بإجماع الفرق ولا بالأخبار، وهذه المسألة لانص لأصحابنا عليها ولا إجماع.

ثم قال في المختلف: و قول ابن إدريس لأبأس به، لأن الحداد هو ترك ما يحصل به الجمال والزينة، ولبس الثياب المزعفرات والملونات التي تدعو النفس إليها وتميل الطباع نحوها، وهو إنما يؤثر في البالغ دون الصبيّة غالباً، انتهى. أقول: ما استدل به ابن إدريس - من اختصاص الخطابات بهذه التكاليف في الأخبار المتقدمة بالبالغة العاقلة، والأصل براءة ذمة الولي - جيّد وجيه، كما لا يخفى على الفطن النبيه.

الثالثة: هل يفرق في الزوجة بين الحرية والأمة؟ قولان.

فذهب الشيخ في النهاية إلى الفرق بينهما، واختاره ابن البرّاج في كتابيه ونقله في المختلف عن ابن الجنيد وشيخنا المفيد وابن أبي عقيل من المتقدمين، وهو اختيار العلامة في المختلف وشيخنا في المسالك وسبطه في شرح النافع. وذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم الفرق بينهما فيجب عليهما الحداد معاً،

(١) وصورة ما نقله عن الشيخ أنه قال: المتوفى عنها زوجها إذا كانت صغيرة عليها الحداد بلا خلاف، وينبغي لوليها أن يجنبها ما يجب على الكبيرة اجتنابه من الإحدااد بلا خلاف، واستدل بعموم الخبر وطريقة الاحتياط، وما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها، أفأكلها؟ قال: لا، ولم يسأل هل هي كبيرة أو صغيرة، فدل على أن الحكم لا يختلف، وتبعه ابن البراج، انتهى. (منه - قدس سره -).

واختاره ابن إدريس ، وهو ظاهر أبي الصلاح و سلّار وابن حمزة ، حيث أوجبوا الحداد على المعتدة ولم يفصلوا .

والأظهر الأول، لما رواه ثقة الاسلام في الصحيح عن زرارة ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : إن الأمة والحرّة كلتيهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة، إلّا أن الحرّة تحدد والأمة لا تحدد .

احتج الشيخ على ما ذهب إليه في المبسوط وابن إدريس على ما نقله العلامة في المختلف بقوله عليه السلام ولا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليالٍ إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً، ولم يفرق .

قال في المختلف : والجواب: إن هذه الرواية لم تصل إلينا مسندة عن النبي صلى الله عليه وآله ، وإنّما رواها الشيخ مرسلّة ولا حجة فيها ، انتهى .

أقول فيه : إن هذه الرواية بعينها وإن لم ترد من طرفنا ، إلّا أن نظيرها ممّا قدمناه في الفائدة الأولى ، وهو روايه محمد بن مسلم ورواية الواسطي قد ورد من طرفنا ، وهو وإن دلّ على ما دلّ عليه الخبر المذكور لكنّ الجواب من ذلك ظاهر بأن إطلاق الخبرين المذكورين مقيّدة بالصحيحة المذكورة ، ومن القاعدة المسلمة تقديم العمل بالمقيّد وتقييد المطلق به .

ثمّ إنّ العلامة في المختلف قال ونعم ما قال : والعجب أن ابن إدريس ترك مقتضى العقل والنقل وهو أصالة البراءة من التكليف بالحداد وما تضمنته الرواية الصحيحة التي قدمناها وعوّل على هذا الخبر المقطوع السند ، مع ادعائه أن الخبر الواحد المتصل لا يعمل به ، فكيف المرسل ، وهذا يدلّ على قصور قريحته وعدم تفتّنه بوجوه الاستدلال ، انتهى وهو جيد .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ب ١٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ ح ٢ .

الرابعة: الظاهر أنه لا خلاف في أن المطلقة لاحداد عليها رجعية كانت أو بائمة .

أما الرجعية فلبقاء أحكام الزوجية وتوقع الرجعة، بل ظاهر جملة من الأخبار استحباب التزين لها كما ستقف عليه .

وأما البائن فعلمه في المسالك بأنها مجفوة بالطلاق ، فلا يلائم التكليف بما يقتضي التفجع على الزوج والحزن بخلاف المتوفى عنها زوجها.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمقام مارواه في الكافي والتهذيب^(١) عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المطلقة تكتحل وتختضب وتلبس ماشاءت من الثياب لأن الله عز وجل يقول: «لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً»^(٢) لعلها أن تقع في نفسه فيراجعها .

وعن محمد بن قيس^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال: المطلقة تشوق لزوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها .

وعن أبي بصير^(٤) عن أحدهما عليه السلام «في المطلقة تعتد في بيتها وتظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» .

وهذه الأخبار كما ترى ظاهرة في نفي الحداد في المطلقة الرجعية، وأنه يستحب لها الزينة كما قدمنا ذكره .

ومارواه في الفقيه^(٥) عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أنه

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٢ ح ١٤، التهذيب ج ٨ ص ١٥٨ ح ١٤٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) سورة الطلاق - آية ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩١ ح ٧ وفيه «تشوق» الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٦ ص ٩١ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ١٣١ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ١.

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٣، التهذيب ج ٨ ص ٨٢ ضمن ح ١٩٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥١ ح ٢٩ ص ٧ وما في المصادر اختلاف يسير.

سئل عن المرأة إذا اعتدت ، هل يحل لها أن تختضب في العدة ؟ قال : لها أن تكتحل وتدهن وتمشط وتصبغ وتلبس الصبغ وتختضب بالحناء وتصنع ماشاءت لغير زينة من زوج .

ومارواه في الكافي ^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : عدة المتوفى عنها زوجها آخر الأجلين لأن عليها أن تحدد أربعة أشهر وعشر وأليس عليها في الطلاق أن تحدد .

وهذان الخبران ظاهران في نفي الحداد عن المطلقة بائنة كانت أو رجعية .
ومارواه الشيخ في التهذيب ^(٢) عن محمد بن يعقوب بسنده إلى مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام عن علي عليه السلام قال : المطلقة تحدد كما تحدد المتوفى عنها زوجها ولا تكتحل ولا تطيب ولا تختضب ولا تمشط .

قال في الوافي بعد نقل هذا الخبر كما نقلناه : هذا الحديث لم نجده في الكافي والذي يظهر من كلام صاحب الوسائل أنه موجود فيه ، حيث إنه نقل ذلك عن العدة عن سهل عن أبي شععون عن عبد الله بن عبد الرحمن عن مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام ... إلى آخر الخبر ، ثم قال : ورواه الشيخ بإسناده عن محمد ابن يعقوب إلا أنه يحتمل أنه اعتمد على كلام الشيخ وروايته عن محمد بن يعقوب بهذه الأسناد فأسنده عن محمد بن يعقوب ثم أسنده إلى الشيخ .

وبالجملة فإنه لا يحضرني الآن كتاب الكافي فليراجع .
وكيف كان فهذه الرواية كما ترى ظاهرة المخالفة لما قدمناه من الأخبار ، والشيخ - رحمه الله عليه - حملها على البائن ، وأنه يستحب لها الحداد ، قال : لأن استعمال الزينة إنما يستحب لها في الطلاق الرجعي ليرأها الرجل فربما يراجعها ولا بأس به في مقام الجمع وإن كان لا يخلو من نوع بُعد ، إذ ليس بعد ذلك إلا

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٧ ب ٢١ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٠ ح ١٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٨ ب ٢١ ح ٥ .

طرحه من البين .

ومارواه في كتاب قرب الإسناد^(١) عن عبد الله بن الحسن عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن المطلقة لها أن تكتحل و تختضب وتلبس ثوباً مصبوغاً ؟ قال : لا بأس إذا فعلته من غير سوء .

وهذا الخبر نظير ما تقدم في خبر عمار من قوله عليه السلام «تصنع ما شئت لغير ربة من زوج» ومرجعها إلى أنها يجوز لها الزينة ما لم يكن التزين لغير زوجها الذي طلقها من الأجانب .

ومن هنا يمكن حل خبر مسمع وما تضمنته من النهي عن تلك الأشياء المذكورة فيه على ما إذا لم يكن لغير الزوج من الأجانب، كما يشير إليه هذان الخبران، وإن سماها حداداً ، وهو محمل قريب كما لا يخفى على الأريب .

الخامسة : لو أخلت بما وجبت عليها من الحداد فلا إشكال في أنها تكون عاصية لاخلالها بالواجب، وهل تنقضي عدتها؟ أم لا بل يجب عليها استئناف ما أخلت به بأن تحدت في قدر ماضى من تلك الأيام ؟ قولان .

أشهرها على ما نقله في المسالك الأول، قال : للأصل، وعدم المنافاة بين المعصية له تعالى وانقضاء العدة، فتدخل في عموم الأدلة الدالة على انقضاء العدة بما بعد المدة المضروبة لعموم قوله تعالى «فإذا بلغن أجلهن» فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف^(٢) ثم نقل عن أبي الصلاح والسيّد الناصر شارح الرسالة أنه لا يحسب من العدة ما لا يحصل فيه الحداد من الزمان للاخلال لمراد الشارع ، فلم يحصل الامتنال ويجب الاستئناف ، ثم رده بأنه نادر ، والأظهر هو قول المشهور .

السادسة : لو وطئت المرأة بعقد الشبهة ثم مات الواطئ فإن العدة الواجبة عليها عدة الطلاق لعدة الوفاة، لأن أخبار عدة الوفاة موردها الزوجة ولا زوجة

(١) قرب الإسناد ص ١١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٨ ب ٢١ ح ٦٠ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٤ .

هنا وإن عوملت معاملة الزوجة في بعض الأحكام لدليل خاص .

وبالجملة فالحكم في الأخبار متعلق بالزوجة وهي المنكوحة بالمعد الصحيح والعدة هنا إنما ترتبت على الوطء لاعلى العقد حتى أنه لو طأها شبهة عن غير عقد بالكلفة كأن يطأها بظن أنها زوجته مثلاً فإنه يجب عليها عدة الطلاق، فهذه العدة واجبة عليها لذلك حياً كان أو ميتاً، فلا يتعلق بها حكم عدة الوفاة ولما يترتب عليها من الحداد .

المقام السادس : في حكم المفقود زوجها ، و تفصيل الكلام في المقام حسب ما ذكره علماءنا الأعلام أن يقال : لا إشكال ولا خلاف في أن الغائب إن علمت حياته فهو كالحاضر ، وإن علم موته اعتدت منه وجاز تزويجها ، ولو علمت الوفاة هي خاصة جاز لها التزويج وإن لم يحكم بها الحاكم ، لكن لا يجوز لمن علم بالزوجة ولم يثبت عنده موت الزوج تزويجها ، نعم لو كان جاهلاً بحالها وعوّل على إخبارها بعدم الزوج أو وفاته فإنه يجوز له تزويجها لأنها مصدقة في إخبارها كما دلت عليه الأخبار .

إنما الإشكال فيما لو انقطع خبره ولم يثبت موته ولا حياته، فإن الذي تقتضيه الأصول واستصحاب حكم الزوجة هو وجوب الصبر إلى أن يثبت موته شرعاً، لكن قد وردت الأخبار عنهم عليهم السلام بخلاف ذلك في الباب ، إلا أنها أيضاً لا يخلو بعضها مع بعض من التندافع والاضطراب .

وقد اتفقت كلمة الأصحاب كما هو ظاهر الأخبار الآتية أيضاً على أنه يجب الصبر عليها ما انفق عليها في مال المفقود أو الولي أو غيرهما، وأما مع عدم من ينفق فإنه يجب الصبر عليها أربع سنين ليطلب فيها ، و أن النفقة في ضمن الأربع إنما من مال المفقود إن كان له مال ، وإلا فمن بيت المال ، و بعد الأربع مع حصول الفحص فيها أو بعدها يجري عليها الحكم المذكور .

والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ثم الكلام فيها بما وفق

الله تعالى فهمه منها ببركة أهل الذكر عليه السلام.

ومنها ما رواه في الكافي^(١) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المفقود، فقال: المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحية التي هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالي وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي امرأته، قال: قلت: فإنها تقول: فإنني أريد ما تريد النساء، قال: ليس ذلك لها ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً.

ومارواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن بريد بن معاوية قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال: ما سكنت عنه وصبرت يخلي عنها، فإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه يسأل عنه، فإن خبر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بشيء حتى تمضي الأربع سنين دعي ولي الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال نفق عليها حتى يعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال قيل للولي: أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، وإن أبي أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق نطقاً في استقبال العدة وهي طاهرة، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الوالي فبدا له أن يراجعها فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها.

قال في الفقيه: وفي رواية أخرى^(٣) دأته إن لم يكن للزوج ولي طلقها الوالي

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٢، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٩ ح ١٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ ح ٢.

ويشهد شاهدين عدلين ، فيكون طلاق الوالي طلاق الزوج ، و تعدّ أربعة أشهر وعشراً ثمّ تتزوج إن شاءت .

ومارواه في الكافي^(١) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ، ولم تدر أحيى هو أم ميت ، أيجبر وليّه على أن يطلقها؟ قال : نعم ، وإن لم يكن له ولي طلقها السلطان ، قلت : فإن قال الولي : أنا أنفق عليها ، قال : فلا يجبر على طلاقها ، قال : قلت : أرايت إن قالت : أنا أريد ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا؟ قال : ليس لها ولا كرامة إذا انفق عليها .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) في الموثق عن سماعة قال : سألت عن المفقود ، قال : إن علمت أنّه في أرض فهي تنتظر له أبداً حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها ولم يأتيها منه كتاب ولا خبر فإنّها تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض ، فإن لم يوجد له أثر حتى تمضي الأربع سنين أمرها أن تعدّ أربعة أشهر وعشراً ، ثمّ تحلّ للرجال ، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها ، فليس له عليها رجعة ، وإن قدم وهي في عدتها أربعة أشهر وعشراً فهو أملك برجعتها .

وما رواه الشيخ في التهذيب^(٣) عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام : أن عليّاً عليه السلام قال في المفقود : لا تتزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك .

هذا ما وقفت عليه من أخبار المسألة ، إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٩ ح ١٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٠ ب ٤٤ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨ ح ١٢٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩٠ ب ٢٣ ح ٣ .

الكلام في المقام يتوقف على بسطه في مسائل :

الاولى : اختلف الأصحاب لاختلاف هذه الأخبار في أنه بعد الطلب أربع سنين ولم يعرف له خبر فهل يكفي أمر الحاكم لها بالاعتداد عدة الوفاة؟ أم لا بد من الطلاق أولاً من الولي أو الحاكم مع عدمه؟ وعلى تقدير الثاني، فهل العدة عدة الطلاق أو عدة الوفاة؟ أقوال :

فذهب الشيخان إلى الأول، وبه قال ابن البراج وابن إدريس، وهو الذي صرح به العلامة في القواعد والارشاد والمحقق في كتابيه، وعلى هذا القول تدل موثقة سماعة .

وقيل بالثاني وأن عدة الوفاة، وهو مذهب الصدوق في المقنع وابن حزمه . قال في المقنع : إذا امتنع الولي أن يطلق أجبره الوالي على أن يطلقها، فيصير طلاق الولي طلاق الزوج، فإن لم يكن له ولي طلقها السلطان، واعتدت أربعة أشهر وعشرة أيام . ونحوه كلام ابن حزمه^(١) واختاره العلامة في المختلف .

وبدل على طلاق الولي أكثر الأخبار المذكورة وعلى طلاق الوالي رواية أبي الصباح والمرسلة المنقولة عن الفقيه، وعلى كون العدة في هذه الصورة عدة الوفاة المرسلة المذكورة .

وقيل : بأن عدة في هذه الصورة إنما هي عدة الطلاق، وهو ظاهر أكثر الأخبار المذكورة، وإليه يميل كلام السيد السند في شرح النافع وقبله جده -رحمة الله عليه- في المسالك .

و يظهر من هذه الأخبار أن عدة الطلاق، إلا أن القائلين بالطلاق صرحوا بأن عدة الوفاة، ولا يخلو من إشكال، ورواية سماعة الدالة عليها

(١) حيث قال: وإن لم تجد له خبر موت ولا حياة أمر الحاكم بعد انقضاء أربع سنين ولي الغائب بتطبيقها، فإن لم يكن له ولي طلقها الحاكم، فإن طلقها اعتدت منه عدة الوفاة، انتهى . (منه - قدس سره -).

موقوفة ضعيفة السند ، انتهى .

وقال ابن الجنيدي: وإن لم يأت خبره بعد أربع سنين وكان له ولي أحضره السلطان وأمره بالنفقة عليها من مال المفقود أو من مال وليه، فإن أنفق وإلا أمر السلطان بأن يطلق ، فإن طلقها وقع طلاقه موقع طلاق زوجها ، وإن لم يطلق أمرها والي المسلمين أن تعتد ، فإذا خرجت من العدة حلت للأزواج .

و ظاهر هذه العبارة أنه مع تعذر الطلاق من الولي فإن الولي يأمرها بالاعتداد من غير طلاق، وأن العدة حينئذ عدة الوفاة ، وأما في صورة طلاق الولي فإنها مجملة بالنسبة إلى العدة ، وحينئذ يكون هذا قولاً رابعاً في المسألة^(١) .

وأنت خير بأن القول الأول وإن دلت عليه موثقة سماعة إلا أنها معارضة بما هو أكثر عدداً وأصح سنداً مما يدل على الطلاق من الولي ثم مع تعذره من الحاكم الشرعي ، والجمع بين أخبار المسألة فيما ذكرناه لا يخلو من الاشكال . قال بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين :^(٢) يمكن الجمع بين الأخبار بتخير الامام أو الحاكم بين أمرها بعدة الوفاة بدون طلاق وبين أمر الولي بالطلاق فتعتد عدة الطلاق ، أو حمل أخبار الطلاق على ما إذا كان له ولي، وأخبار عدة الوفاة مع عدمه ، انتهى .

أقول : ينافي الحمل الثاني مادلت عليه رواية أبي الصباح الكناني ومرسلة الفقيه لدلائلتهما على أنه مع عدم الولي يطلقها الولي أو السلطان، لا أنها تعتد عدة .

(١) لأن القول الأول إنما هو أمر الحاكم بالاعتداد من أول الأمر، والقول الثاني إنما هو طلاق الولي أولاً ، ومع تعذره فطلاق الحاكم ثم الاعتداد، وهذا القول تضمن أنه مع تعذر طلاق الولي فإنه يأمر الحاكم بالاعتداد من غير طلاق، ومغايرته لهما ظاهرة .

(منه - قلنس سره -)

(٢) هو شيخنا المجلسي المولى محمد باقر - قلنس سره - في حواشيه على كتب الأخبار .

(منه - رحمه الله -)

الوفاة كما ذكره .

ويمكن أن يقال - والله سبحانه وقائل هذه الأخبار أعلم بحقيقة الحال - :
 إن "المستفاد من هذه الأخبار بعد ضم" مطلقها إلى مقيدها ومبجلها إلى مبينها
 أنه يطلقها الولي ، ومع عدمه فالحاكم ، وتعتد عدة الوفاة .
 وتوضيحه أن "غاية ما تدل" عليه موثقة سماعة أنه بعد تحقق انقطاع خبره
 يأتي الإمام فيأمرها بالاعتداد عدة الوفاة ، وهي بالنسبة إلى الطلاق وعدمه مطلقة ،
 فيمكن تقييدها بالأخبار الدالة على الطلاق ، بمعنى أنها تعتد بعد الطلاق عدة
 الوفاة . وأخبار الطلاق بالنسبة إلى العدة ، وأنها عدة وفاة أو طلاق مجتمعة مطلقة ،
 فيجب حملها على ما دلّت عليه موثقة سماعة من عدة الوفاة ^(١) . و سند ما ذكرنا
 من رسالة الصدوق حيث تضمنت عدة الوفاة بعد الطلاق من الولي أو الوالي ، ولا ينافي
 ذلك جواز المراجعة في العدة لو قدم وهي في العدة ، لأن هذه العدة عدة طلاق
 من جهة ، وعدة وفاة من جهة .

و أما رواية السكوني - فضعفها ومعارضتها بما ذكرناه من أخبار المسألة
 بمنع القول بها ، مؤيداً ذلك بعمل الطائفة على خلاف ما دلّت عليه - فهي مردودة
 إلى قائلها ^(٢) ، ولا يحضرني الآن مذهب العامة ، وحملها على التقيّة غير بعيد .
 الثانية : ظاهر كلام الأصحاب الاتفاق على أنه لا يقع الطلاق أو الأمر
 بالاعتداد إلا بعد الفحص عنه ، بأن ترفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين
 من حين رفع أمرها إليه ، ويفحص عنه في تلك الأربع سنين ، فإن لم يعرف خبره
 أمر الولي بالطلاق أو أمرها بالاعتداد .

(١) ولا منافاة بين الطلاق والاعتداد بعدة الوفاة في هذا المقام لقيام احتمال الموت
 فالواجب طلاقها ، والعدة من الطلاق تندرج تحت عدة الوفاة ، فيكون الاحتياط في
 الاعتداد بعدة الوفاة .

قال في المختلف بعد ذكر موثقة سماعة : ولا حجة فيها ، فإن الأمر بالاعتداد لا ينافي
 الطلاق ، وعدة الوفاة جعلت احتياطاً للظن بالموت ولا منافاة حيثل ، انتهى . (منه -
 قدس سره -) .

قال في القواعد «ولو لم ترفع خبرها إلى الحاكم فلا عدة حتى يضرب لها المدة ثم تعتد» ولوصبرت مائة سنة ، وابتداء المدة من رفع القصة إلى الحاكم وثبوت الحال عنده لامن وقت انقطاع الخبر ، وفي انطباق الأخبار على ما ذكره إشكال فإن المفهوم منها بعد ضم بعضها إلى بعض أن الأربع سنين المضروبة أعم من أن يكون من حين الفقد وانقطاع الخبر ، أو رفع الأمر إلى الحاكم ، وأن الفحص أعم من أن يكون في الأربع أذ قبلها أو بعدها من الولي أو الوالي أو غيرهما . أما صحيحة الحلبي أحسنته فإنها دلت على أنه إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب ، وهي ظاهرة في كون الأربع من حين الفقد ، وأنه لم يقع الفحص في الأربع ، وإنما وقع بعدها ، وهي بحسب ظاهرها لا تنطبق على كلامهم ، وطريق الجمع بينها وبين ما بعدها من الأخبار أن يكون مبدأ الأربع من حين الفقد ، إلا أنه لما لم يقع الفحص فيها وجب أن يكون بعدها .

و أما صحيحة بريد فإنها ظاهرة فيما ذكره وكذا موثقة سماعة ، فإنهما قد تضمنتا رفع الأمر الحاكم ، وأنه يأمرها بالترتب أربع سنين ثم يطلب فيها ، وأن مبدأ الأربع هو الرفع إلى الحاكم ، إلا أن باب الاحتمال غير مغلق . وأما رواية أبي الصباح الكناني فإنها ظاهرة فيما دلت عليه صحيحة الحلبي من أن الأربع مبدؤها من حين الفقد ، وأن الرفع إلى الحاكم إنما وقع بعد الأربع ، وهي خالية من ذكر الفحص عنه ، فيجب تقييدها بذلك حسبما تضمنته صحيحة الحلبي بأن يفحص عنه بعد الأربع أو في أثنائها ، ثم مع عدم معرفة خبره يجبر الولي على أن يطلقها ثم السلطان مع عدمه .

والظاهر أن الوجه في الجمع بين هذه الأخبار هو أنه إن لم ترفع أمرها إلى الحاكم إلا بعد مضي الأربع من حين الفقد فإنه يفحص عنه حتى يعلم أمره وأنه مع ظهور فقده وعدم العلم بحياته يجري عليه الحكم المذكور من غير تقييد بمدة ، وإن رفعت أمرها من أول الأمر قبل مضي الأربع من حين الفقد

أوفي أثنائها فإنه يجب عليها التربص مدة الأربع أو تمامها والفحص في تلك المدة ثم إجراء الحكم المذکور .

الثالثة : قال في المسالك : لو تعذر البحث من الحاكم إما لعدمه أو لقصور يده نعتن عليها الصبر إلى أن يحكم بموته شرعاً أو يظهر حاله بوجه من الوجوه لأصالة بقاء الزوجية ، و عليه يحمل ما روي عن النبي ﷺ ^(١) « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين موته أو إطلاقه » .

و عن علي عليه السلام ^(٢) « أنه قال : هذه امرأة ابتليت فلتصبر » ومن العامة من أدج ذلك مطلقاً عملاً بهاتين الروايتين .

أقول : لا يخفى ما فيه من الاشكال والداء العضال والضرر المنفي بالآية والرواية الواردتين في أمثال هذا المجال ، وبهما استدكوا في غير حكم من الأحكام ، وخصصوا بهما ما كان ثمة من دليل مطلق وعام ، ولا ريب أن كلامه - رحمة الله عليه - هذا مبني على ظاهر ما اتفقت عليه كلمتهم من توقف الطلاق أو الاعتداد على رفع الأمر إلى الحاكم الشرعي ، كما سمعت من عبارة العلامة في القواعد من أنه لو مضت مائة سنة ولم ترفع أمرها إلى الحاكم فلا طلاق ولا عدة بل تبقى على حكم الزوجية وأن الفحص ضمن الأربع سنين لابد أن يكون من الحاكم ، وفي الحكم بتعيينه من الأخبار المذكورة نظر لما عرفت آنفاً من أن بعضها وإن دل على الرفع إلى الحاكم إلا أن البعض الآخر خال من ذلك ، وأن الفحص المأمور به لا يتعين كونه من الحاكم بل يكفي لو كان من الولي أو غيره .

ويؤيد ما فهمناه من هذه الأخبار ما صرح به المحدث الكاشاني في الوافي حيث قال - بعد نقل أخبار المسألة المذكورة حسبما نقلناه - : وإن أردت أن يتضح لك ما تضمنته هذه الأخبار بحيث تتلاءم وتتطابق فاستمع لما يتلى عليك ، فنقول وبالله التوفيق : إذا فقد الرجل بحيث لم يوجد له خبر أصلاً ، فإن مضى عليه من حين

فقد خبره أربع سنين ولم يوجد من أنفق على امرأته بعد ذلك ولم تصبر هي على ذلك اجبر وليته على طلاقها بعد تحقق الفحص عنه، سواء وقع الفحص قبل مضي الأربع أو بعده، وسواء وقع من الولي أو الوالي أو غيرهما، وعدتها عدة الوفاة... إلى آخر كلامه - رحمة الله عليه - .

وهو كما ترى ظاهر في ترتب الحكم على حصول هذه الأمور من الحاكم أو غيره، ومحصله أنه مع مضي أربع سنين من حين الفقد وحصول الفحص من كل من كان قبل مضي الأربع أو بعده، فإنه بعد مضي المدة المذكورة يجب على الولي طلاقها أو الحاكم، وإن لم ترفع أمرها إلى الحاكم بالكليّة.

وبالجملة فإنه لا ظهور في هذه الأخبار على توقف الطلاق على رفع الأمر إلى الحاكم، وأن مبدأ الأربع التي يجب عليها الترتيب فيها من مبدأ الرفع، وأن الفحص إنما هو من الحاكم، كما هو ظاهر كلامهم، بل الذي يظهر منها إنما هو وجوب الترتيب أربع سنين، رفعت أمرها إليه قبل الأربع أم لم ترفع، وأن مبدأ الأربع من حين الفقد، ولا ينافيه قوله في صحيح بريد وأجلها أربع سنين، وكذا موثقة سماعة لامكان حملهما على أن ذلك كان مبدأ الفقد، أو أن المراد تمام الأربع لو علم الفقد سابقاً قبل الرفع، جمعاً بينهما وبين صحيحة الحلبي الظاهرة في أن مبدأ الأربع من حين الفقد، وكذا رواية أبي الصباح، وأنه يجب الفحص عنه من كل من كان في الأربع أو بعدها، فإنه بعد تحقق الفقد يجب على الولي أو الوالي مع عدم الولي طلاقها، وذكر الرفع في صحيحة بريد وموثقة سماعة إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر، وأصل الحكم إنما يدور ويبني على مضي الأربع سنين مع حصول الفحص كيف كان.

هذا ما أدى إليه الفهم القاصر من هذه الأخبار، وإن كان الاحتياط فيما صاروا إليه، ومتى ثبت أن الحكم لا اختصاص له بالحاكم كما ذكرناه، فلا إشكال في أنه مع فقهه أو قصور يده فإنه لا ينتفي الحكم المذكور، بل يجب على عدول

المؤمنين القائمين مقامه في تولي بعض الامور الحسبية القيام بذلك، وتخرج الآيات والأخبار الدالة على نفي الضرر والخرج والضيق في هذا الدين شاهداً على ذلك . وكيف كان فإن ما ذكرناه إن لم يكن أرجح فلا أقل أن يكون مساوياً لما ذكره في الاحتمال من الأخبار .

وأما الخبران اللذان ذكرهما فالظاهر أنهما من أخبار العامة لعدم وجودهما في أخبارنا ، وبهما يظهر قرب ما احتملناه في رواية السكوني من حملها على التقيّة مضافاً إلى نقل القول عنهم .

الرابعة : قال في المسالك أيضاً : لا فرق في المفقودين من انتفى فقده في جوف البلد أو في السفر وفي القتال ، وما إذا انكسرت سفينة ولم يعلم حاله ، لشمول النص لذلك كله وحصول المعنى ، ولا يكفي دلالة القرائن على موته بدون البحث ، إلا أن تنضم إليها أخبار من يتأخّر قوله العلم بوفاة ، فيحكم بها حينئذٍ من غير أن ترتب به المدة المذكورة ، ولا فرق حينئذٍ بين أن يحكم الحاكم بموته وعدمه ، بل إذا ثبت ذلك عندها جاز لها التزويج ولم يجز لغيرها أن يتزوجها إلا أن يثبت عنده ذلك أيضاً ، ولو حكم الحاكم بها كفى في حق الزوج بغير إشكال .

أقول : في فهم ما ذكره من الاطلاق في الفقد وشموله لهذه الأفراد المحدودة من النصوص نظر ، فإن ظاهر الأخبار المتقدمة تخصيص الحكم بالسفر إلى قطر من الأقطار ، أو مطلقاً من غير معلومية أرض مخصوصة ، وأنه يكتب أو يرسل في الفحص عنه إلى ذلك القطر أو في الجوانب الأربعة أو بعضها ممّا يعلم أو يظن السفر إليه ، وأما الفقد في البلد أو في معركة القتال أو السفينة التي انكسرت في البحر فلا يكاد يشم له رائحة من هذه الأخبار ، بل ربما كانت ظاهرة في خلافه ، إذ لا يتحقق الفحص في شيء من هذه المواضع المحدودة ، وأيضاً فإنه بالنسبة إلى هذه الأفراد المحدودة فلتدل القرائن الماوجة للعلم العادي على الموت ، بخلاف مجرد السفر إلى بلد وفقد خبره ، والفرق بين الأمرين ظاهرين غاية الظهور لمن

أعطى التأمل حقه في هذه السطور ^(١) .

ومن هنا كان بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين يحكم بخروج هذه الأفراد عن حكم المفقود المذكور في هذه الأخبار .

قال - رحمه الله - ونعم ما قال : إن " من حصل العلم العادي بعدم حياته فإنه يجوز نكاح زوجته وإن لم ترفع أمرها إلى الحاكم ، ومثله يأتي أيضاً في قسمة الميراث ، لأن " المفقود في مثل البحر مع كثرة المترددين من السواحل المحيطة بموضع الغرق يحصل العلم من مجاري العادة بهلاكهم كما هو واضح ، وهو أقوى من العلم بالشاهدين . وكذا المفقود في المفاوز ^(٢) في شدة الحر " والبرد مع إحاطة الأودان بالأطراف و لم يخبر عنه منها مع كثرة المترددين . وكذا المفقود في المعارك العظام لا يحتاج فيه إلى التأجيل أربع سنوات ليفحص فيها عن حاله في الأطراف لأن " ذلك إنما هو في المفقود لا كذلك ، وأما هنا فيكفي في مثله حصول المترددين في الأطراف التي يظن " بجاري العادة أنه لو كان حياً لكان فيها وأنى بخبره المترددون ، وحيث لم يأت له خبره علم هلاكه ، انتهى .

و إلى هذا أيضاً كان الآخذ المولى محمد جعفر الاصفهاني المشهور بالكرباسي صاحب الحواشي على الكفاية وهو من فضلائنا المعاصرين ، وقد زوج بجملة من النساء اللاتي فقدت أزواجهن " في معركة قتال الأفغان مع عسكر شاه سلطان

(١) أقول : قد اتفق في زماننا من القضايا ما تحقيق هذا المقام ويكشف عنه نقاب الاشكال كما وقع في طريق الهند في غرق مراكب فارس ، فإن هذه منذ أربعين سنة أو خمسين قد مضت إلى يومنا هذا ولا يظهر لأحد منهم أثر بالكلية . وفي طريق مكة في نهب الحجاج وقد مضت لذلك ما يقرب من خمسين سنة أو أزيد ولم يظهر لأحد منهم أثر . وفي واقعة البحرين وفتح الخوارج لها قد فقد يوم أخذ قلعة البحرين جمع من أهل البلاد وقد مضت خمسون سنة ولم يظهر لأحد منهم أثر بالمرة ، وهو أظهر ظاهر في قتلهم أو موتهم كما لا يخفى . (منه - قدس سره -) .

(٢) المفازة : واحدة المفاوز ، وسميت بذلك لأنها مهلكة . (لسان العرب) .

حسين في مفازة قرب كرمان .

وبالجملة فإن "مورد الأخبار المتقدمة السفر، وأن" الفقد حصل فيه فيرسل إلى الفحص عنه في تلك الجهة أو الجهات ، وما ذكره ليس كذلك ، والاشتراك في مجرد الفقد لا يوجب الإلحاق فإنه قياس محض ، وأيضاً فإن "الفحص المأمور به في الأخبار لا يتحقق في هذه الأفراد ، فإذا كان الفقد في مفازة كطريق الحج مثلاً إذا قطع على قفل الحاج" جملة من المتغلبين وقتلوهم وأخذوا أموالهم فإلى من يرسل وممن يفحص ، وهكذا في معركة القتال .

وبذلك يظهر لك ما في دعواه شمول النص "لهذه الأفراد فإنه كيف تكون شاملة لها وموردها الفقد في السفر إلى البلدان المعمورة بالناس لتمكّن الفحص منهم والسؤال وتحقيق الأحوال. نعم الجميع مشتركون في المعنى وهو الفقد وعدم العلم بالحياة والموت ، ولكن مجرد ذلك لا يكفي في ترتب الأحكام المذكورة .

الخامسة: قال في المسالك أيضاً : الحكم مختص "بالزوجة فلا يتعدى إلى ميراثه ولا عتق أم" ولده ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، فيتوقف ميراثه وما يترتب على موته من عتق أم" الولد والمدير والوصية وغيرها إلى أن يمضي مدة لا يعيش مثله إليها عادة ، وسيأتي البحث فيه ، والفرق بين الزوجة وغيرها مع ما اشتهر من أن "الفروج مبنية على الاحتياط وراء النص" الدال" على الاختصاص دفع الضرر الحاصل على المرأة بالصبر دون غيرها من الوارث ونحوهم ، وأن "للمرأة الخروج من النكاح بالجب" والعنة لفوات الاستمتاع ، وبالأعسار بالنفقة على قول لفوات المال ، فلأن يخرج هنا وقد اجتمع الضرران أولى ، ويدل" على عدم الحكم بموته أنها لو صبرت بقيت الزوجية ، فزوالها على تقدير عدمه لدفع الضرر خاصة فيقيد بمورده ، انتهى .

أقول: لا يخفى مقتضى الأصل واستصحاب حكم الزوجية وأصالة الحياة بعد

ثبوتها هو توقف جميع هذه الامور من خروج الزوجة عن الزوجية وقسمة الميراث واعتناق ام الولد ونحو ذلك مما ذكره على العلم بالموت، إلا أنه قد قام الدليل كما عرفت من الروايات المتقدمة على خروج الزوجة من هذا الأصل بمجرد فقد الزوج، وإن لم يتحقق موته حسب ما عرفت من الكلام في ذلك.

و كما خرجت الزوجة بالأخبار المذكورة خرج الميراث أيضاً بموثقة سماعة^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المفقود يحبس ماله على الورثة قدر ما يطلب في الأرض أربع سنين، فإن لم يقدر عليه قسم ماله بين الورثة.

وموثقة إسحاق بن عمار^(٢) قال: قال لي أبو الحسن عليه السلام: المفقود يترتب بماله أربع سنين ثم يقسم، وهذه الرواية وإن كانت مطلقة بالنسبة إلى طلبه مدة الأربع، إلا أنه يجب حمل إطلاقها على ما تضمنه الخبر الأول من الطلب تلك المدة وإلى هذا القول مال جملة من الأصحاب منهم الصدوق والمرضى وأبو الصلاح. واستوجهه في المسالك أيضاً، إلا أنه اختار فيه القول المشهور، وهو أنه ينتظر به مدة لا يعيش إليها عادة، مع أنه لا دليل عليه إلا ما ذكرنا من الأصل الذي يجب الخروج عنه بالدليل، وهو هنا موجود كما عرفت، وتؤيده أخبار الزوجة المذكورة لأنه متى جاز ذلك في الزوجة - مع أن عصمة الفروج أشد وأهم في نظر الشارع - فليجز في قسمة المال بطريق أولى. وأما ما ذكره في الفرق بين الزوجة والمال فإن فيه:

(أولاً) أن النص كما دل على حكم الزوجة فخرجت به عن حريم الأصل المذكور كذلك المال قد خرج بالموثقتين المذكورتين، إلا أن له أن يقول برد الموثقتين المذكورتين لضعفهما عنده، وعده الموثق في قسم الضعيف وترجيح الأصل

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥٥ ح ٩، السوائل ج ١٧ ص ٥٨٥ ب ٦ ح ٩.

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٥٤ ح ٥، السوائل ج ١٧ ص ٥٨٣ ب ٦ ح ٥.

عليهما، بناءً على تصلّبه في هذا الاصطلاح الذي هو إلى الفساد أقرب من الصلاح، وهو عندنا غير مسموع كما لا يخفى على من له إلى الانصاف أدنى رجوع .
(وثانياً) أنّه كما تكون الحكمة في الاعتداد بعد المدة دفع الضرر من الزوجة فيجوز أن تكون الحكمة أيضاً في قسمة الميراث دفع الضرر عن الوارث بعين ما قاله في إحصار الزوج بالنفقة، وإن كان أحد الضررين وأشد، أشدّية الضرر عليها دون الوارث مقابل بمطلوبية العصمة في الفروج للشارع زيادة على الأموال. وبالجمله فالأصل في ذلك هو النص ، وهذه التوجيهات تصلح لأن تكون بياناً لوجه الحكمة فيه ، لاعللاً مؤسسة للحكم ، وحيث كان النص فيما تدعيه موجوداً صحّ البناء عليه، ويبقى ما عدا مورد النص في هذين الموضعين على حكم حريم الأصل كما ذكره.

السادسة: قال في المسالك: لو أنفق عليها الولي أو الحاكم من ماله ثم تبين تقدم موته على الاتفاق فلا ضمان عليها ولا على المنفق للأمر به شرعاً ، ولأنّها محبوسة لأجله ، وقد كانت زوجته ظاهراً والحكم مبني على الظاهر.
وقال سبطه في شرح النافع: بل نقل ذلك عنه هذا كلامه - رحمه الله عليه - وهو مشكل لظهور أن هذا التصرف وقع في مال الغير بغير إذنه فينبغي أن يترتب على التصرف الضمان، وإن لم يأنم بذلك كما لو تصرف الوكيل بعد موت الموكل ولما يعلم بموته ، والمسألة قويّة الاشكال وإن كان المصير إلى ما ذكره - رحمه الله عليه - غير بعيد ، والله أعلم .

أقول : الظاهر - والله أعلم بحقائق أحكامه ونوابه القائمون بمعامل حلاله وحرامه - ضعف ما ذكره من الاشكال .

أمّا (أولاً) فلأنّ الأحكام الشرعيّة لا تنأط بالواقع ونفس الأمر للزوم الحرج والشارع إنّما كلف بالظاهر ظهر خلافه أم لم يظهر ، وإذا كان الاتفاق مأموراً به شرعاً وواجباً بحسب ظاهر الشرع فكيف يترتب عليه الضمان بعد ظهور

خلافه، و من المعلوم أن امتثال الأمر الواجب بحسب ظاهر الشرع لا يتعقبه إثم ولا غرم، وإلا للزم من ذلك أنه يوجب عليه الانفاق ثم يوجب عليه الضمان وهو لا يصدر عن الحكيم جل شأنه .

و أما (ثانياً) فإن ما اعتضد به من تصرف الوكيل بعد موت الموكل ولما يعلم موته وأنه يضمن في هذه الحال، فإنهم وإن ذكروا ذلك إلا أنهم لم يستندوا فيه إلى دليل صريح ولا نص صحيح، وإنما استندوا فيه إلى ما يتعاطونه من الأدلة الاعتبارية كما لا يخفى على من راجع كلامهم، فلا يفيد التعلق به مزيد فائدة، إلا أنه قد اطلعنا على بعض النصوص الدالة عليه كما تقدم في كتاب الوكالة، وعلى تقديره فالحمل عليه قياس لا يوافق أصول المذهب، وبالجمله فالظاهر هو ما ذكره جده - رحمه الله عليه - .

السابعة : لا خلاف ولا إشكال في أنه لو قدم الزوج و قد خرجت من العدة وتزوجت فإنه لا سبيل له عليها، ولو جاء وهي في العدة كان أملاك بها، وإنما الخلاف فيما لو جاء وقد خرجت من العدة ولم تتزوج فالأكثر على أنه كالأول، وبه قال الصدوق في المقنع وابن إدريس وابن حمزة وابن الجنيد والشيخ في المبسوط .
ونقل في المختلف عن الشيخين أنه إن جاء وهي في العدة أو قد قضتها ولم تتزوج كان أملاك بها من غير نكاح يستأنفه، بل بالعقد الأول. وتبعهما ابن البراج وهذا القول للشيخ في الخلاف والنهاية .

ونقل في شرح النافع وقبله جده في المسالك عن الشيخ أنه ادعى أن بهذا القول رواية، وبذلك صرح المحقق في النافع فقال : فيه روايتان أشهرهما أنه لا سبيل له عليها، وهذه الرواية لم تقف عليها، وقد اعترف في المسالك وبسطه في شرح النافع أيضاً بذلك، بل نقل في المسالك عن جماعة ممن سبقه أنهم اعترفوا بذلك، ونقل عن فخر المحققين أنه قوى هذا القول أيضاً .

وللعامة في المختلف قول ثالث، تفصل بأن العدة إن كانت من طلاق الولي

فلا سبيل للزوج عليها ، وإن كانت بأمر الحاكم لها بالاعتداد من غير طلاق كان أملاك بها .

أقول : والظاهر هو القول المشهور ، وعليه تدل " الأخبار المتقدمة لقوله عليه السلام في صحيحة بريد ^(١) " فإن انقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للزوج ، ولا سبيل له عليها ، وقوله عليه السلام في موثقة سماعة ^(٢) " فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعة "

وأما ما فصله العلامة في المختلف ففيه أن " موثقة سماعة المشتملة على أمر الامام لها بالاعتداد أربعة أشهر وعشراً قد تضمنت أنه متى قدم بعد انقضاء العدة فليس له عليها رجعة ، وكيف يدعي أنه إذا كانت العدة بأمر الحاكم كان أملاك بها؟ ما هي إلا غفلة واضحة .

الثامنة : الظاهر من صحيحة بريد وموثقة سماعة هو أنه لو جاء وهي في العدة فإنه لا يعود حكم الزوجية إلا بالرجعة في الطلاق لقوله عليه السلام في الاولى " وإن جاء زوجها من قبل أن تنقضي عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته ، وهي عنده على تطليقتين ، وفي الثانية " وإن قدم هي في عدتها أربعة أشهر وعشراً فهو أملاك برجعتها ، وهو مؤكد للحكم بصحة الطلاق .

والذي يظهر من عبارات الأصحاب هو عود الزوجية قهراً بمجيئه لقول المحقق في كتابيه " فإن جاء في العدة فهو أملاك بها ، وربما كان التفاتهم إلى أنه بمجيئه في العدة تبين بطلان الطلاق والاعتداد لظهور حياته ، فلم يصادف ذلك محلاً .

وفيه أن الأحكام الشرعية إنما تبنت على الظاهر ، ظهر خلافه أم لم يظهر

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٨٩ ب ٢٣ ح ١ وفيهما " ولا سبيل للاول عليها .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٠ ب ٤٤ ح ٢ .

كما تقدمت الإشارة إليه ، والشارع قد أمر بالطلاق والتزويج بعد الخروج من العدة بناءً على حكمه بالوفاة، وظهور حياته لا ينقض ما حكم به أولاً. نعم عباراتهم المذكورة ليست نصاً فيما ذكرناه بل يحتمل حملها على ما يدل عليه الخبران المذكوران.

الناسعة: قالوا: لو نكحت بعد العدة ثم بان موت الزوج كان العقد الثاني صحيحاً ولا عدة سواء كان موته قبل العدة أو بعدها، لأن عقد الأول سقط اعتباره في نظر الشارع فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته، والوجه فيما قالوه إن حكم الشارع لها بالاعتداد والبينونة قاطع للنكاح السابق، ألا ترى أنه لو ظهرت حياته وجاء وهي في العدة توقف عود الزوجية على الرجوع في الطلاق كما عرفت. وأما بعد انقضاء العدة وإن لم تنزوج فإنه لا رجوع له عليها بالمرة، وحينئذٍ فما حكم به من انقطاع الحكم السابق بالبينونة لافرق فيه بين ظهور موت الزوج أو حياته، ولا بين تبيين موته قبل العدة أو بعدها.

وللشافعية قول يبطلان العدة لو ظهر موته فيها أو بعدها قبل التزويج، بناءً على أنه لو ظهر حينئذٍ كان أحق، لأن الحكم بالعدة والبينونة كان مبنياً على الظاهر ومستند حكم الحاكم الاجتهاد، وقد تبين خطأه. فعليها تجديد عدة الوفاة بعد بلوغها الخبر لغيرها، بل يحتمل وجوب العدة ثانياً وإن نكحت لما ذكر، وسقوط حق الأول منها لو حضر وقد تزوجت لا ينفي الاعتداد منه لو مات. وضعفه ظاهر مما قدمناه في سابق هذه المسألة، مؤيداً بأصالة عدم حتى يقوم دليل شرعي على ما ذكره، وثبوته بهذه التخريجات المليلة ممنوع، فإنها لاتصلح عندنا لتأسيس الأحكام كما عرفت في غير مقام.

العاشرة: ظاهر أكثر الأصحاب أنه لا نفقة على الغائب في زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها. وتردد فيه المحقق في الشرائع، وعمل القول بعدم النفقة

بأنّ العدة عدة وفاة وهي لا تستتبع النفقة ، وربما علل بالنظر إلى حكم الحاكم بالفرقة .

ورد أنّ حكمه بالفرقة لا يوجب سقوط النفقة ، لأنّ حكمه بها يحصل بالطلاق الرجعي مع بقائها .

أقول : الظاهر أنّ هذا التعليل إنّما خرج بناءً على ما هو المشهور في كلامهم من أمر الحاكم بالاعتداد بأربعة أشهر وعشرًا ، وأنها عدة وفاة ، لا أنّ الحكم فيها طلاق الولي أو الوالي كما هو أحد القولين في تلك المسألة ، وحينئذٍ يرجع هذا التعليل إلى التعليل الأول .

و وجه التردد المذكور ما ذكرنا من أنّها في حكم الزوجة مادامت في العدة ، فتجب لها النفقة لو حضر قبل انقضائها ، فلولا أنّها زوجته لما صحّ له ذلك إلا بعقد جديد ، وخصوصاً على القول بأنّ الولي يطلقها ، لأنّ الظاهر أنّ الطلاق رجعي لما ظهر من الروايات أنّه يراجعها إذا حضر ، والطلاق الرجعي لا يسقط النفقة .

أقول : يمكن أن يقال بأنّ القول بسقوط النفقة كما عليه الأكثر مبنيّ على ما هو المشهور من أنّ الحكم في المفقود هو أمر الحاكم امرأته بالاعتداد عدة الوفاة ، وحينئذٍ فيكون حكمها حكم الزوجة المتوفى عنها زوجها ، ليس لها نفقة ، ودعوى أنّها في حكم الزوجة على إطلاقه ممنوع ، والحكم بجواز رجوع الزوج لها لوجاء في العدة مستثنى بالنص ، لأنّ التحقيق كما تقدمت الإشارة إليه أنّ هذه العدة عدة وفاة من جهة و عدة طلاق من جهة ، وإن قلنا بالقول الآخر وهو أنّ الحكم فيها طلاق الولي أو الوالي فإنّ العدة كما قدمنا ذكره أربعة أشهر وعشرًا ، لا عدة طلاق كما ذكره ، فإنّه هو الذي تجتمع عليه الأخبار .

وبالجملة فإنّ المسألة وإن كانت لا تخلو من الاشكال لخلوها من النصّ القاطع لمادة القيل والقال ، إلا أنّ الأنسب بما قدمنا تحقيقه هو ما عليه الأكثر من سقوط النفقة .

ج ٢٥ في أنه لو مات أحد الزوجين بعد العدة والتزويج بزواج آخر ٤٩٧

الحادية عشر : لا إشكال ولا خلاف في أنه لو مات أحد الزوجين بعد العدة والتزويج بزواج آخر فإنه لا توارث بينهما لا تقطاع العصمة بينهما، وما دلت عليه الأخبار المتقدمة من أنه لو حضر وقد تزوجت فلا سبيل له عليها ، ومثله ما لو وقع الموت بعد العدة وقبل التزويج على الأشهر الأظهر ، لما عرفت آنفاً من أنه كالأول في انقطاع السبيل والعصمة بينهما .

وأما على القول الآخر من أنه لو حضر بعد انقضاء العدة كان أملك بها فقد عرفت ضعفه لعدم دليل يدل عليه، والرواية التي ادعى ورودها بذلك لم تقف عليها. وإنما الاشكال والخلاف فيما لو مات أحدهما وهي في العدة ، ففي ثبوت التوارث قولان : (أحدهما) العدة لأن العدة عدة وفاة وهي تقتضي نفى الارث . (وثانيهما) ثبوته ، واختاره المحقق في الشرائع ، وجعله في المسالك هو الأقوى ، قال : لبقاء حكم الزوجية بما قد علم ، ولأن العدة في حكم الرجعية . كما عرفت ، وهي لا تقطع التوارث بين الزوجين ، وجعلها عدة وفاة - مبني على الظاهر وعلى وجه الاحتياط وإلا لم تجامع الطلاق ، فإذا تبين خلاف الظاهر رجع حكم الطلاق الرجعي والزوجية من رأس .

أقول : والمسألة كسابقتها لا تخلو من الاشكال أيضاً لعدم النص ، إلا أن الأدفق بما قدمنا تحقيقه هو القول بعدم ، قوله «لبقاء حكم الزوجية وأن العدة في حكم العدة الرجعية التي لا تقطع التوارث ، ممنوع ، لأن المستفاد من كونها عدة وفاة ترتب أحكام عدة الوفاة عليها من عدم النفقة في العدة وعدم التوارث فيها . نعم خرج من ذلك جواز الرجوع لو جاء قبل الخروج من العدة بالنص ، فبقي ما عداه من أحكام عدة الوفاة ، ولا ينافي ذلك مجامعتها للطلاق ، لأن الطلاق هنا إنما وقع احتياطاً لاحتمال الحياة .

وبالجملة فإن ما ذكرناه إن لم يكن هو الأقرب في المسألة فلا أقل أن يكون مساوياً لما ذكرناه من الاحتمال .

الثانية عشر : إذا تزوجت بعد المدة وهي أربعة أشهر وعشر والفحص دهر أربع سنين وأنت بولد يمكن إلحاقه بالثاني الحق به على الأشهر الأظهر ، فلو حضر الزوج الأول وادعاه لم يلتفت إلى دعواه لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة المذكورة ليتمكن إلحاقه به ، ولو ادعى أنه قدم عليها في خلال هذه المدة وجامعها ، وكان ما يدعيه ممكناً .

قال الشيخ : إنه يقرع بينهما ، لأنها صارت فراشاً لهما معاً ، وإن كان فراش الأول قد زال ، كما لو طلقها وتزوجت ثم أنت بولد يمكن إلحاقه فإنه يقرع بينهما . كما اختاره في تلك المسألة حسبما تقدم نقله نمة ، والمشهور أنه للثاني خاصة لأنها فراش له الآن حقيقة ، والولد له وفراش الأول قد زال ، ومثله الكلام في المسألة التي نظر بها كما تقدم ذكره .

المقام السابع : في عدة الاماء والاستبراء ، وقد تقدم في الاستبراء مستوفي في كتاب البيع في فصل بيع الحيوان ، وربما بقي من مسائله ما لم يسبق له ذكر وسيأتي ذكره إن شاء الله في جملة مسائل هذا المقام . إلا أنه يجب التنبيه هنا على أمر ، وإن كان قد سبقت الإشارة إليه في الموضوع المذكور ، وهو أن السيد السند رحمه الله عليه - قال في كتاب الطلاق من شرح النافع في تعداد من يسقط استبرائها من الاماء ما صورته : وثالثها أن تكون صغيرة ، وقد ورد بعدم وجوب استبرائها روايات منها ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل ابتاع جارية لم تطمت قال : إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عدة وليطأها إن شاء ، وإن كانت قد بلغت ولم تطمت فإن عليها العدة الحديث . وفي الحسن عن ابن أبي يعفور ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الجارية التي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٣ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ١٧١ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٨ ب ٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٨ ب ٣ ح ٣ .

لم تطمت ولم تبلغ الجبل إذا اشتراها الرجل، قال: ليس عليها عدة يقع عليها. ومقتضى هاتين الروايتين وما في معناهما أنه لا يجب استبراء الصغيرة التي لم تحمل مثلها وإن تجاوز سنّها التسع، ولا يمكن حملها على ما دون التسع، للتصريح في الروايتين بجواز وطئها من غير استبراء، ومن نقص سنّها عن التسع لا يجوز وطؤها إجماعاً.

وبما ذكرنا صرح جدي - رحمه الله عليه - في المسالك، فإنه قال بعد أن أورد هذه الروايات: وفي هذه الروايات المعتبرة دلالة على أن الأمة التي باغت التسع ولم تحض لا استبراء عليها، وليس فيها ما ينافي ذلك، وهي أيضاً موافقة لحكمة الاستبراء، لأن بنت العشر سنين وما قاربها لا تحمل عادة، فلا مقتضى لاستبرائها كالبائسة، انتهى.

أقول: لا يخفى أن ما ذكره من الحمل المذكور لا يجري في صحيحة الحلبي المذكورة لقوله ^{إلا} فيها « وإن كانت قد بلغت ولم تطمت » المقابل لقوله « إن كانت صغيرة » وهو ظاهر في أن المراد بالصغيرة من لم تبلغ التسع فكيف يمكن حمل الصغيرة على من بلغت التسع إذا كان لم تحمل مثلها كما ادعاه.

وقد اعترف بذلك جده في المسالك في هذا الموضع الذي نقل بعضه، وكلام جده وهو الذي نقله إنما هو بالنسبة إلى غير الصحيحة المذكورة كما هو صريح عبارته وإلا فإنه اعترف بعدم قبول الصحيحة المذكورة لهذا الاحتمال. بل هي عنده باقية في زاوية الاشكال. وها أنا أذكر لك صورة كلام جده في المقام وإن طال به زمام الكلام ليتضح لك ما في كلامه - رحمه الله - من الغفلة الظاهرة لجملة الأنام.

قال في كتاب الطلاق - في عد من يسقط استبرائهن من الاماء بعد ذكر البائسة حيث ذكرها المصنّف ولم يذكر الصغيرة - ما لفظه: وما في معناها الصغيرة التي لم تبلغ المحيض ولم يذكرها معها، وذكرها في باب البيع، ويمكن أن

يكون وجه تركها أن المراد منها عند الإطلاق من سنّتها دون تسع سنين ومتى كانت كذلك فوطؤها حرام مطلقاً، وغيره لا يحرم في زمن الاستبراء لكنّها مذكورة في روايات كثيرة، وفيها تصريح بجواز وطئها حينئذٍ بغير استبراء، فمنها صحيحة الحلبي - ثم ساق الرواية كما قدمناه ثم قال: -

ولا يمكن تنزيلها على من تجاوز سنّتها التسع ولم تحض بناءً على ما هو الغالب من عدم حيضهن بعد التسع أيضاً ليجمع بين جواز وطئها وعدم بلوغها الحيض، لأنّ هذا الحمل ينافي قوله وإن كانت قد بلغت ولم تطمئ فإنّ عليها العدة، لأنّ بلوغها عند الأصحاب يحصل بالتسع. وفي صحيحة عبدالله بن أبي يعفور - ثم ساقها كما تقدم ثم قال: -

وقريب منها صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا قعدت عن الحيض أو لم تحض فلا عدة عليها، وفي هذه الروايات المعتبرة دلالة على أنّ الأمة التي بلغت التسع ولم تحض لاستبراء عليها، وليس فيها ما ينافي ذلك بخلاف رواية الحلبي، وهي أيضاً موافقة لحكمة الاستبراء... إلى آخر ما تقدم في نقل سبطه المذكور عنه، وهو صريح كما ترى في أنّ هذا الاحتمال إنّما يجري فيما عدا صحيحة الحلبي، والعجب أنّه نقل العبارة المذكورة وحذف من وسطها قوله بخلاف رواية الحلبي، ويمكن قد سقط ذلك من نسخة الكتاب الذي نقل عنه هذه العبارة.

وكيف كان فإنّ ظاهر قوله عليه السلام في صحيحة الحلبي وإن كانت بلغت ولم تطمئ فإنّ عليها العدة ظاهر بل صريح في ردّ الحمل الذي تكلفوه، لدلالته على أنّها بعد التسع مع عدم الطمئ، فإنّه يجب عليها الاستبراء المعتبر عنه بالعدة، والرواية صحيحة باصطلاحهم، فكيف يمكن هذا مع القول بعدم وجوب الاستبراء على الصغيرة التي لم تحمل مثلها، وإن تجاوز سنّتها التسع كما ذكره. وتمام تحقيق الكلام في هذا المقام وما يتعلّق بدفع هذا الاشكال قد تقدم في

الموضع المشار إليه آنفاً. إذا عرفت ذلك فاعلم أن البحث في هذا المقام يقع في مسائل:
الاولى: لا خلاف بين الأصحاب في أن عدة الأمة قرءان، وإنما الخلاف
كما تقدم ذكره في أن القرء عبارة عن الطهر أو الحيض، وقد عرفت أن الأشهر
الأظهر هو الأول، وأن الأخبار الدالة على الثاني محمولة على التقيّة، لكن ذلك
بالنسبة إلى الأخبار المختلفة في عدة الزوجة الحرة.

وأما الأمة فإن الذي حضرني من الأخبار المتعلقة بها ما رواه في الكافي^(١)
في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: عدة الأمة حيضتان، وقال:
إذا لم تكن تحيض فنصف عدة الحرة.

وعن سليمان بن خالد^(٢) في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة
إذا طلق ما عدتها؟ قال: حيضتان أو شهران، الحديث^(٣).

وعن زرارة^(٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن حرّ تحتة أمة أو عبد
تحتة حرة كم طلاقها؟ وكم عدتها؟ قال: السنة في النساء في الطلاق، فإن كانت حرة فطلاقها
ثلاثاً وعدتها ثلاثة أقرءاء، وإن كان حرّ تحتة أمة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرءان.
وعن محمد بن قيس^(٥) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول:
طلاق العبد للأمة تطليقتان وأجلها حيضتان إن كانت تحض، وإن كانت لا تحيض

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ب ٤٠ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ب ٤٠ ح ٤.

(٣) أقول تمام هذه الرواية سيأتي في مسألة عدة الذميمة (منه - قدس سره).

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٣٤ ح ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٤٠ ح ١.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ ب ٤٠ ح ٢.

فأجلها شهر ونصف.

ومارواه في الكافي والتهذيب^(١) في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في رواية تتضمن عدة الذميمة قال: عدتها عدة الأمة حيضتان.

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام قال: طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان فإن كانت قد قعدت عن المحيض فعدتها شهر ونصف.

وأنت خير بأن هذه الأخبار كلها متفقة الدلالة على أن عدتها حيضتان وليس الباب ما ينافيها.

والأصحاب بناء على ما ذكره في عدة الحرة من اختيار تفسير القرء بالطهر جروا عليه في هذا المكان، مع أن الفرق ظاهر لأن الأخبار بما ذكره في عدة الحرة متضافرة متكاثرة، مستفيضة صريحة، وما عارضها يقصر عن معارضتها مع ظهور حملها على التقيّة.

وأما أخبار عدة الأمة فهي التي نقلناها كما عرفت وهي متفقة على الحيضتين ومن ثم مال إلى العمل بهذه الأخبار السيد السند في شرح النافع فقال - بعد أن ذكر أنه قد تقدم أن القرء هو الطهر، وأن ذلك هو الأظهر للأخبار الدالة عليه - ما لفظه: لكن ورد في الأمة أخبار معتبرة الأسناد دالة على أنه الحيض هنا، ثم نقل صحيحة محمد بن مسلم وصحيحة محمد بن فيس، ثم قال: وليس لهذه الروايات معارض فينتج العمل بها. انتهى، وتبعه في ذلك في الكفاية.

والمحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي في كتاب الوسائل تأول هذه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٤ ضمن ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨ ح ١٢٦ وفيه «فما عدته ان أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: إن أسلمت بعدما طلقها كانت عدتها عدة المسلمة»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٧ ب ٤٥ ضمن ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ب ٤٠ ح ٥.

الأخبار بناءً على ما هو المشهور من أن "القرء بمعنى الطهر مطلقاً في عدة الحرة أو الأمة فقال: أقول : المراد من الحيضتين أنه لا بد من دخول الحيضة الثانية لينتظم الطهران وإن لم يتم الحيض الثاني لما مر، أو محمول على التقية أو الاستحباب أو على عدم جواز تمكين الزوج الثاني في الحيض الثاني .

وفيه أن ارتكاب التأويل الذي هو خلاف الظاهر فرع وجود المعارض ولا معارض هنا ، ووجوده في عدة الحرة لا يستلزم حمل أخبار الأمة عليه ، وما المانع من اختلاف العدتين في ذلك إذا اقتضته الأدلة . وبالجمله فالمسألة لا تخلو من ثوب الاشكال ، والاحتياط فيها يقتضي العمل بأخبار الحيضتين .

إذا تقرر ذلك فاعلم أن في المقام فوائد يحسن التنبيه عليها :

الاولى : من القواعد المستفادة من النصوص والمقررة في كلام الأصحاب أن "كل عدد يؤثر فيه الرق" نقصاناً يكون الرقيق فيه على النصف مما عليه الحر كالحدود وعدد المنكوحات والقسم بين الزوجات و العدة بالأشهر من الطلاق ، أو الوفاة في إحدى الروايتين ، وإنما خرجت العدة بالآقراء عن هذا الضابط وكذلك الطلاق ، فإن الأمة تعتد بقرءين مع أن الحرة تعتد بثلاثة آقراء وتحرم بتطليقتين وتحرم الحرة بالثلاث لأن القرء كالطلاق لا يتبعض ليمكن أخذه نصفه ، فوجب الاكمال فيهما بيلوغ الاثنين .

أما الطلاق فظاهر ، وأما القرء فلأنه عبارة عن الطهر ، والطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كله بعود الدم ، فلا بد من الانتظار بعود الدم ، والاعتماد في ذلك كله على ما دلّت عليه النصوص ، وهذه الوجوه صالحة لبيان الحكم فيها .

الثانية : لا فرق في هذه العدة بين القن والمدبرة والمكاتبه وأم الولد إذا زوجها مولاها فطلقها الزوج ، كل ذلك لا طلاق النصوص . وكذا لا فرق بين كونها تحت حر أو عبد كما يستفاد من صحيحة زرارة المتقدمة ، وفي معناها روايات آخر تقدمت ، ولو وطئت بشبهة كالنكاح الفاسد ونحوه اعتدت بقرءين كما في الطلاق عن النكاح الصحيح ، ولو كانت الأمة المطلقة حاملاً فعدتها وضع الحمل إجماعاً .

قال في التحرير: ويدل عليه عموم دواول الاحمال أجلهن "أن يضعن حملهن" (١) قيل: (٢) ولو ادعت الحمل فالأظهر وجوب الترتيب بها سنة كالحرّة، لأن الحمل لا يتفاوت فيه الحال بين الحرّة والأمة، وفي الروايات بإطلاقها دلالة عليه، وهو جيد. قال في المسالك: والمبعضة كالحرّة عندنا تغليباً لجانب الحرّة، وظاهره دعوى الاجماع عليه، ولم أقف فيه على نص.

الثالثة: قيل: بناءً على أن الفرق بمعنى الطهر إن أقل أزمان تنقضي به العدة ثلاثة عشر يوماً ولحظتان، وذلك بأن يأتيها الدم بعد طلاقها بلحظة ثم تحيض ثلاثاً ثم تطهر عشرة ثم ترى الدم الثاني لحظة، وهذه اللحظة دالة على انقضاء العدة ثم تطهر، وهذه اللحظة الأخيرة في الحقيقة إنما هي دليل على انقضاء العدة، فالعدة حقيقة إنما هي ثلاثة عشر يوماً ولحظة حسبما تقدم في عدة الحرّة. قيل: ويمكن انقضاءها بأقل من ذلك كما إذا طلقها بعد الوضع وقبل رؤية دم النفاس بلحظة، ثم رأت دم النفاس لحظة وانقطع، ثم مضت عشرة وهي طاهرة، وجاءها دم الحيض، وبرؤيته تنقضي عدتها، حينئذ فالعدة عشرة أيام ولحظتان. الرابعة: لو لم تحض بالكليّة أو كانت مسترابة فعدتها شهر ونصف كما تقدم في رواية محمد بن الفضيل، وفي صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة أيضاً إذا لم تحض فنصف عدة الحرّة.

وروى في التهذيب (٣) عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأمة فقال: تطليقتان - إلى أن قال: - وعدة الأمة المطلقة شهر ونصف. وعن سماعه (٤) في الموثوق قال: سألت عن عدة الأمة المتوفى عنها زوجها

(١) سورة الطلاق - آية ٤.

(٢) القائل هو السيد السند - قدس سره - في شرح النافع. (منه - رحمه الله -).

(٣ و ٤) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٢ و ١٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ٦ و ٧.

فقال : عدتها شهران وخمسة أيام . وقال : عدة الأمة التي لا تحيض خمسة وأربعون يوماً .

وما رواه في الفقيه ^(١) بطريقه إلى سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة الأمة التي لا تحيض خمسة وأربعون ليلة، يعني إذا طلقت .

ومارواه في التهذيب ^(٢) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة الأمة إذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام، وعدة المطلقة التي لا تحيض شهر ونصف . والحكم مما لا خلاف فيه، وهذه الأخبار مثل عبارات الأصحاب قد تضمن بعضها التعبير شهر ونصف والبعض الآخر بخمسة وأربعين يوماً مطلقاً .

وفصل في المسالك تفصيلاً حسناً بأنه إن قارن الطلاق الهلال اكتفى بالشهر الهلالي ثم "أم نقص ثم أكملته بخمسة عشر يوماً، وإن طلقها في أثناء الشهر فالعدة خمسة وأربعون يوماً ، و قد تقدم الكلام في المقارنة في عدة الحرة .

المسألة الثانية : إذا اعتقت الأمة ثم طلقت فإنه يلزمها الاعتداد بعدة الحرة ولو اعتقت بعد الطلاق في العدة فإن كان الطلاق رجعيّاً فكأول ، وإن كانت بائناً أتمت عدة الأمة .

أما (الأول) فظاهر لأنها بالعتق قد صارت حرة فيتعلق بها ما يتعلق بالحرية من الأحكام التي من جعلتها ما نحن فيه ، و ممّا يستأنس به لذلك الأخبار المتكاثرة الدالة على أن عدتها من عتق سيدها لها متى أرادت التزويج بغير السيد عدة الحرة من الطلاق .

و منها ما رواه في التهذيب ^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧١ ب ٤٠ ح ٧ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ٨ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٢ ب ١٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

أعتق رجل جارية ثم أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس ولا تعتد من مائه، وإن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عدة الحرة.

ومارواه في الكافي^(١) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل أعتق وليدته وهو حر، وقد كان يطؤها، فقال: عدتها مثل عدة الحرة المطلقة ثلاثة قروء.

وعن الحلبي^(٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل تكون محته السرية فيعتقها، فقال: لا يصلح لها أن تنكح حتى تنقضي عدتها ثلاثة أشهر. إلى غير ذلك من الأخبار، والتقريب فيها أنه متى وجب عليها العدة لعنق السيد الموجب لحريتها فطلاق الأجنبية لها في هذه الحال أولى. وبالجمله فالحكم مما لا خلاف فيه ولا إشكال يعتريه.

وأما (الثاني) فوجه الجمع بين ما دل على وجوب عدة الطلاق في هذه الصورة وهو مارواه في الفقيه^(٣) في الصحيح عن ابن أبي عمير عن جميل وهشام بن سالم جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة طلقت ثم اعتقت قبل أن تنقضي عدتها، قال: تعتد بثلاث حيض، فإن مات زوجها ثم اعتقت قبل أن تنقضي عدتها فإن عدتها أربعة أشهر وعشراً. ومارواه الشيخ في التهذيب^(٤) في الصحيح عن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة كانت تحت رجل فطلقها ثم اعتقت، قال: تعتد عدة الحرة.

وبين ما دل على وجوب عدة الأمة، وهو ما رواه في الفقيه والتهذيب^(٥) (١) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ ح ٦ وفيهما «وهو حي» مع اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٤ ب ٤٣ ح ١.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٤ وفيه «عن جميل عن هشام»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ ح ١ وفيهما «فإن مات عنها زوجها».

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٨ وفيه «في الأمة»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ ح ٣.

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٩. الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٣ ب ٥٠ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير.

في الصحيح عن القاسم بن بريد عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا طلق الحر المملوكة فاعتدت بعض عدتها عنه ثم اعتقت فإنها تعتد عدة المملوكة.

و سند هذا الجمع المذكور ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن أبي أيوب الخزاز عن مهزم و هو مجهول عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة تحت حر طلقها على طهر بغير جماع تطليقة، ثم اعتقت بعدما طلقها بثلاثين يوماً، فقال: إذا اعتقت قبل أن تنقضي عدتها اعتدت عدة الحرية من اليوم الذي طلقها، وله عليها الرجعة قبل انقضاء العدة، فإن طلقها تطليقتين واحدة بعد واحدة ثم اعتقت قبل عدتها فلا رجعة له عليها، وعدتها عدة الأمة.

المسألة الثالثة: المشهور بين الأصحاب بل قيل إنه موضع اتفاق أن عدة الزميمة كالحرية في الطلاق والوفاء، وفي الشرائع نسب الحكم بكونها عدة الأمة إلى رواية شاذة، ونقل في المسالك عن العلامة أنه نقل عن بعض الأصحاب القول بما دلّت عليه هذه الرواية، قال: ولم يعلم قائله.

والذي حضرني من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه ثقة الاسلام الكافي والشيخ في التهذيب ^(٢) في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها، هل عليها عدة منه مثل عدة المسلمة؟ فقال: لا، لأن أهل الكتاب ممالك الامام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدي العبد الضريبة إلى مواليه، قال: ومن أسلم منهم فهو حر تطرح عنه الجزية، قلت: فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدتها عدة الأمة حيثان أو خمسة وأربعون يوماً قبل أن تسلم، قال: قلت له: فإن أسلمت بعدما طلقها؟ قال:

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٧٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٢ ح ٥٠ ب ٢ وفيما ولم تنقض عدتها، فقال: إذا اعتقت قبل... .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨ ح ١٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٧ ب ٤٥ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير.

إذا أسلمت بعد ما طلقها فإن عدتها عدة المسلمة، قلت: فإن مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فأراد رجل من المسلمين أن يتزوجها؟ قال: لا يتزوجها المسلم حتى تعتد من النصراني أربعة أشهر وعشراً عدة المسلمة المتوفى عنها زوجها، قلت له: كيف جعلت عدتها إذا طلقها عدة الأمة، وجعلت عدتها إذا مات عنها عدة الحرة المسلمة، وأنت تذكر أنهم ممالك الإمام؟ فقال: ليس عدتها في الطلاق مثل عدتها إذا توفى عنها زوجها - وزاد في الكافي - ثم قال: إن الأمة والحرة كلتهما إذا مات عنهما زوجها سواء في العدة، إلا أن الحرة تحد والأمة لا تحد. وعن يعقوب السراج^(١) في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نصرانية مات عنها زوجها وهو نصراني، ما عدتها؟ قال: عدة الحرة المسلمة أربعة أشهر وعشراً. وأنت خير بأن الروايتين قد اشتركتا في الدلالة على عدة الوفاة، وأنها عدة الحرة المسلمة، وأما عدة الطلاق فلم يتعرض في الرواية الثانية بالمرّة.

والرواية الأولى قد دلت صريحاً على أنها عدة الأمة، وهذه الرواية هي التي نسبها في الشرائع إلى الشذوذ، مع أنه لا معارض لها إلا عموم الأدلة من الكتاب والسنة المتضمنة لاعتداد المطلقة بثلاثة قروء، أعظم من أن تكون مسلمة أو ذميمة، وتخصيص هذه العمومات بالصحيحة المذكورة غير عزيز مثله في الأحكام كما نبهنا عليه في غير موضع مما تقدم في الكتاب^(٢) وقد جروا على هذه القاعدة في أحكام عديدة، وحينئذ لم يبق ما يترأى من ظاهر اتفاقهم على الحكم المذكور كما عرفت، وهو مما لا يلتفت إليه في مقابلة الأدلة و طرح الرواية

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٥ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٨ ب ٤٥ ح ٢.

(٢) منها في كتاب النكاح في الفصل الأول في العقد في مسألة التمتع بالأمة إذا كانت لامرأته بدون إذنها [الحدائق ج ٢٣ ص ٢٧٧ المسألة الثانية عشر] ونهنا في كتاب الوصايا في المطلب الثاني في الموصى [الحدائق ج ٢٢ ص ٤٠٧ المقصد الثاني في الموصى]. (منه - قدس سره -).

المذكورة وصحتها وصراحتها، وإمكان تخصيص عموم تلك الأدلة بها غير معقول ولا مقبول .

و بالجمله فالمسألة لما عرفت غير خالية من شوب الاشكال ، وبذلك صرح أيضاً السيد السند في شرح النافع فقال : و المسألة محل تردد ، و لا ريب أن اعتدادها عدة المسلمة طريق الاحتياط ، و هو جيد .
قال في المسالك : و حملت الرواية على أنها مملوكة إذ لم ينص على أنها حرة .

أقول فيه: إن ظاهر قوله إلا في في تعليل نفي عدة المسلمة عنها دلالة أهل الكتاب ممالك الامام ، هو كونها حرة كما لا يخفى على ذي الذوق السليم والفهم القويم . وإن الظاهر أن مراده إلا في أن وجوب عدة الأمة عليها وإن كانت حرة و عدة الحرة ثلاثة قروء أن أهل الكتاب كملاً لما كانوا ممالك الامام لحقها عدة المملوكة من هذه الجهة ، و لو كانت مملوكة بالمعنى الذي ذكره لم يظهر لهذا التعليل وجه بالكلية، بل كان الأنسب التعليل بكونها مملوكة كما ادعاه، وبالجمله فإنه حمل بعيد بل غير سديد .

ثم إنه قال في المسالك : و اعلم أن فائدة إلحاقها بالأمة في الطلاق واضحة، وأما في الوفاة فلا تظهر إلا على تقدير كون عدة الأمة فيها على نصف عدة الحرة، وسيأتي الخلاف فيه ، انتهى .

المسألة الرابعة: اختلف الأصحاب لاختلاف الأخبار في عدة الأمة المتوفى عنها زوجها بأن زوجها المولى رجلاً فمات عنها، مع اتفاقهم على أنها في الطلاق على نصف عدة الحرة .

ف قيل بأنها على النصف من عدة الحرة شهران وخمسة أيام ، وهو قول الشيخ المفيد و تلميذه سلار و أبي الصلاح و ابن أبي عقيل من المتقدمين ، و قد صرحوا بأنه لا فرق في كونها صغيرة أو كبيرة مدخولاً بها أم لا ، و ظاهرهم أيضاً أنها أعم

من أن تكون أمّ ولد أم لا .

وقيل بأنها عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيّام ، وهو قول الصدوق في المقنع وابن إدريس . قال في المقنع : عدة الأمة إذا توفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيّام ، وروي أن عدتها شهران وخمسة أيّام . وظاهر كلامه إطلاق الحكم المذكور وأنه لا فرق بين الأفراد المتقدم . وقال ابن إدريس : يجب عليها بوفاة زوجها أربعة أشهر وعشرة أيّام سواء كانت أمّ ولد لمولها أم لا . وقد رجح شيخنا في التبيان كما قاله في النهاية .

وقيل بالتفصيل بين أمّ الولد وغيرها ، وهو قول الشيخ في النهاية وأتباعه ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين ومنهم المحقق والعلامة وشيخنا في المسالك وسبّطه في شرح النافع . قال في النهاية : إن كانت أمّ ولد لمولها فعدتها مثل عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيّام ، وإن كانت مملوكة ليست أمّ ولد فعدتها شهران وخمسة أيّام ، وهو قول ابن البراج .

و الواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة كما هي قاعدتنا في الكتاب ، ثم الكلام فيها بما فتحه الله الكريم الوهاب .

فمنها ما رواه الشيخ في التهذيب^(١) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الأمة فقال : تطليقتان . وقال : قال أبو عبد الله عليه السلام : عدة الأمة التي يتوفى عنها زوجها شهران وخمسة أيّام ، وعدة المطلقة شهر ونصف .

وعن سماعة^(٢) في الموثق قال : سألت عن الأمة يتوفى عنها زوجها فقال : عدتها شهران وخمسة أيّام . وقال : عدة الأمة التي لا تحيض خمسة وأربعين يوماً . وعن الحلبي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة الأمة إذا توفي عنها زوجها شهران وخمسة أيّام ، وعدة المطلقة التي لا تحيض شهر ونصف .

(١) و (٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ٦ و ٧ و ٨ .

و عن محمد بن مسلم^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الأمة إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام».

وعن محمد بن القيس^(٢) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام «في حديث قال فيه : وإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرة شهران وخمسة أيام».

أقول : وبهذه الأخبار أخذ القائلون بالقول الأول وهي كما ترى مطلقة كما أطلقوه شاملة بإطلاقها للجملة الأفراد التي تقدم ذكرها.

ومنها ما تقدم في سابق هذه المسألة من قوله عليه السلام في آخر صحيحة زرارة برواية الكناني^(٣) ثم قال : «إن الأمة والحرة كلتاها إذا مات عنها زوجها سواء في العدة ، إلا أن الحرة تحدد والأمة لا تحدد» .

ومنها قوله عليه السلام في صحيحة زرارة^(٤) وقد تقدمت ، وفيها «يا زائدة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة أو على أي وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً» .

ومارواه في الكافي^(٥) عن وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل كانت له أم ولد ، فزوجها من رجل فأولدها غلاماً ، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها ، أله أن يطأها ؟ قال : تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام ثم يطؤها بالملك من غير نكاح ، الحديث .

ومارواه في الفقيه^(٦) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٥ و ١٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ٩ و ١٠ .
(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨ ح ١٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٧ ب ٤٥ ح ١ وما في المصادر اختلاف يسير .
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ب ٥٢ ح ٢ .
(٤) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير .
(٥) لم نثر عليه بهذا السند في الفقيه .

عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل كانت له أم ولد فمات وادها منه، فزوجه من رجل فأولدها غلاماً، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يبطأها قبل أن يتزوج بها؟ قال: لا يبطأها حتى تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام ثم يبطأها بالملك من غير نكاح، الحديث.

وما رواه في التهذيب^(١) عن سليمان بن خالد في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة المملوكة المتوقى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً.

أقول: وبهذه الأخبار وما هي عليه من الاطلاق أخذ القائلون بالقول الثاني وهي كما ترى ظاهرة فيه سيما صحيحتي زارة الاولتين.

و منها ما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت، ما عدتها؟ فقال: حيضتان أو شهران حتى تحيض، قالت: فإن توقى عنها زوجها؟ فقال: إن علياً عليه السلام قال في أمهات الأولاد: لا يتزوجن حتى يعتدن أربعة أشهر وعشراً وهن إماء.

أقول: وعلى هذه الرواية اعتمد القائلون بالقول الثالث، فحملوا الأخبار الاولى على غير ذات الولد، والأخبار الثانية على ذات الولد، وجعلوا هذه الصحيحة سنداً للجمع المذكور.

و زاد في المسالك و كذا سبطه في شرح النافع على هذه الصحيحة رواية وهب بن عبد ربّه المنقولة من الكافي^(٣) بعد و صفها بأنها صحيحة.

وفيه (أولاً) أن الرواية المذكورة رواها في الكافي عن ابن محبوب عن وهب ابن عبد ربّه كما نقله في الوافي و في الوسائل عن أحمد عن ابن محبوب، و على أيّ منهما فإن طريق الكليني إلى كل منهما غير معلوم الصحة.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ب ٤٢ ح ١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ ح ٣.

(وثانياً) أفتها معارضة برواية صاحب الفقيه ^(١) وهي صحيحة ، وقد تضمنت أن "التزويج إنما وقع بعد موت الولد ، مع أنه عليه السلام حكم بأن "العدة أربعة أشهر وعشراً . ومن هذه الصحيحة يعلم بطلان ما ذكره من الحمل ، فإنهم إنما حملوا روايات الأربعة أشهر وعشراً على أم "الولد من حيث إطلاقها ، وهذه الرواية كما نرى صريحة في أن "الأمة ليست ذات ولد لأن "التزويج إنما وقع بعد موت الولد مع أنه عليه السلام حكم بعدة الحرة فيها .

وعلى هذا فيمكن أن يقال : إن "ما نقل عن علي عليه السلام في صحيحة سليمان ابن خالد من أن "حكم أمهات الأولاد ذلك لا يستلزم فيه من غيرهن ، وغاية ما في الباب أنه سئل عن الأمة التي توفي عنها زوجها فأجاب بأن "حكم أمهات الأولاد منهن" الاعتداد بما ذكره ، ودلالته على نفي ذلك عما عداهن" إنما هو بمفهوم اللقب ، وهو غير معمول عليه عندهم ، وبهذا يجاب أيضاً عن رواية وهب ابن عبد ربّه التي استدّلوا بها زيادة على ما عرفت ، فيكون هذا وجهاً ثالثاً للوجهين المتقدمين .

وبالجملة فإن "القول المذكور لا يخلو في نظري القاصر من القصور ، ولعل "الأظهر إنما هو حمل أخبار أحد الطرفين على التقيّة ، وقد نهل في الوسائل احتمال حمل أخبار الشهرين وخمسة أيام على التقيّة ، قال : لأنه مذهب جمع من العامة ، فليتأمل ذلك حق "التأمل ، فإن "المسألة محل "إشكال . والحق "تصادم الأخبار المذكورة ، وعدم قبولها لهذا الجمع الذي ذكره ، فإنه ناشئ عن عدم إعطاء التأمل حقه في المقام .

هذا كله إذا لم تكن حاملاً ، وإلا اعتدت بأبعد الأجلين من وضع الحمل والعدة المعتبرة ، قال في المسالك : وهو موضع وفاق .

(١) لم نعر عليها في الفقيه .

تنبيه

مما يتفرع على الخلاف المذكور أنهم قالوا - بناءً على القول بالتفصيل من أن أم الولد تعتد مع موت الزوج عدة الحرة ، وغيرها عدة الأمة - : لو مات الزوج عن أم الولد في أثناء عدتها الرجعية استأنفت عدة الحرة في الوفاة لأنها بمنزلة زوجة الحرة لو مات عنها زوجها في عدة الرجعية ، ولولم تكن ذات ولد وقد مات وهي في عدته الرجعية استأنفت عدة الوفاة المقررة على الأمة كما لو مات وهي في عصمتها ، هذا إذا كانت عدة رجعية ، ولو كان الطلاق بائناً أتمت عدة الطلاق خاصة كالحررة إذا مات زوجها وهي في عدة البائنة ، فإنه لا يجب عليها الاستئناف كالاولى لانقطاع العصمة بينهما ، وهو ظاهر .

المسألة الخامسة : إذا مات المولى وأمه مزوجة فلا عدة عليها من موته إجماعاً كما نقله في المسالك ، وأما إذا لم تكن مزوجة فهل تعتد من موت مولاها عدة الحرة أربعة أشهر وعشراً أم لا عدة عليها ، بل يكفي استبرائها لمن انتقلت إليه إذا أراد وطؤها ؟ قولان ، المشهور : الأول .

قال في المسالك : وهو قول جماعة منهم الشيخ وأبو الصلاح وابن حمزة والعلامة في موضع من التحرير والشهيد في اللمعة .

أقول : ظاهره في المسالك أنه لا فرق هنا بين أم الولد وغيرها ، مع أنه قال في المختلف : قال أبو الصلاح : عدة أم الولد لو مات سيدها أربعة أشهر وعشرة أيام . وهو ظاهر كلام ابن حمزة ، وهو كما ترى ظاهر في تخصيص الحكم بأم الولد لا مطلقاً ، وهو ظاهر كلامه . وأما الشهيد في اللمعة فإنه قال : وتعتد أم الولد من وفاة زوجها أو سيدها عدة الحرة . وهو أيضاً كما ترى ظاهر في تخصيص بأم الولد ، والمراد أنها تعتد من وفاة الزوج إن كانت مزوجة ومن السيد إذا مات إن لم تكن مزوجة .

وذهب ابن إدريس إلى القول الثاني ، قال : لا عدة عليها من موت مولاها ،

ج ٢٥ في ما ذهب إليه صاحب المسالك في الأمة الموطوءة للمولى ٥١٥

لأنه لا دليل عليه من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، وهذه ليست زوجة بل باقية على الملك والعبودية إلى حين وفاته. قال في المختلف: ولا بأس بقول ابن إدريس .

ثم إن العلامة احتج بما رواه إسحاق بن عمار ^(١) في الموثق قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمة يموت سيدها، قال: تعتد عدة المتوفى عنها زوجها، ثم قال: والجواب الحمل على ما إذا أعتقها للروايات .

والظاهر أن استدلال العلامة بهذه الموثقة إنما هو بالنظر إلى إطلاقها، وإلا فإنه لا تصريح فيها بام الولد .

ثم إنه في المسالك بعد ذكر هذه المسألة كما ذكرناه قال: ولو كانت الأمة موطوءة للمولى ثم مات عنها فظاهر الأكثر هنا أنه لا عدة عليها، بل تسبى بحیضة كغيرها من الاماء المتقدمة من مالك إلى آخر . وذهب الشيخ في كتابي الأخبار إلى أنها تعتد من موت المولى كالحره سواء كانت أم ولد أم لا. واستدل عليه برواية زرارة ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام في الأمة إذا غشيها سيدها ثم أعتقها فإن عدتها ثلاث حيض، فإن مات عنها زوجها فأربعة أشهر وعشرة أيام، وبموثقة إسحاق بن عمار السالفة ^(٣) وحسنه الحلبي ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: يكون الرجل تحت السرية فيعتقها، فقال: لا يصلح لها أن تنكح حتى تنقضي ثلاثة أشهر، وإن توفي عنها مولاه فعدتها أربعة أشهر وعشراً .

ثم قال: والعجب مع كثرة هذه الأخبار وجودة أسنادها أنه لم يوافق الشيخ

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٥ ح ١٣٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٥ ح ١٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ب ٤٢ ح ٤.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٥٦ ح ١٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٤ ب ٤٣ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

على مضمونها أحد ، وخصوا أم الولد بالحكم مع أنه لا دليل عليها بخصوصها. وأعجب منه تخصيصه في المختلف الاستدلال على حكم أم الولد بدوثة إسحاق، مع أنها تدل على أن حكم الأمة الموطوءة مطلقاً كذلك، ومع ذلك فغيرها من الأخبار التي ذكرناها يوافقها في الدلالة، مع أن فيها ما هو أجود سنداً، انتهى. وأما سبطه في شرح النافع فإنه قال - بعد تحقيق الكلام في مسألة الأمة المتوفى عنها زوجها حسبما أوضحناه في سابق هذه المسألة - ماملخصه: ولم يذكر المصنف حكم الأمة الموطوءة إذا مات مولاها ، وقد اختلف الأصحاب في حكمها، فقال ابن إدريس: لا عدة عليها من موت مولاها - إلى أن قال: - ونفى عنه البأس في المختلف - ثم قال: - وقال الشيخ في كتابي الأخبار أنها تمتد من موت المولى كالحره سواء كانت أم ولد أم لا. واستدل بما رواه في الحسن عن الحلبي ثم أورد الروايات الثلاث التي تقدمت في كلام جده ثم قال بعدها: وهذه الروايات معتبرة الأسناد وليس لها معارض صريحاً فينتجه العمل بها ، انتهى .

وأنت خير بما وقع لهم من الاضطراب في هذا المقام وإن تبعهم من تأخر عنهم من الأعلام .

أما كلامه في المسالك فإنه فرض فيه مسألتين: (أولهما) في الأمة التي مات سيدها وليست مزوجة، ونقل عن الأكثر وجوب عدة الحره عليها، وعن ابن إدريس والعلامة في المختلف عدم العدة ، وظاهره أن المراد بالأمة فيها ما هي أعم من ذات الولد وغيرها والموطوءة وغيرها مع ما عرفت مما ذكرناه أن من وقفنا على كلامه قد خصها بذات الولد .

(والمسألة الثانية) وهي موطوءة المالك إذا مات عنها، وهي أخص من المسألة الاولى ، ونقل عنها عن الأكثر عدم وجوب العدة ، وعن الشيخ في كتابي الأخبار الوجوب، وظاهر سبطه في شرح النافع أن خلاف ابن إدريس والعلامة في المختلف إنما هو في هذه المسألة ، وظاهره أن الأكثر ومنهم الشيخ في كتابي الأخبار

على وجوب العدة ، حيث خص "الخلاف" بابن إدريس - رحمه الله - والعلامة - قدس سره - خاصة .

هذا مع ما عرفت ممّا أسلفناه من عبارة المختلف أن "محل" المسألة إنما هي أمّ الولد ، والخلاف الذي نقل عن ابن إدريس على عقب نقله عن أبي الصلاح إنما هو في أمّ الولد ، فانظر إلى هذا الاضطراب في كلامهم ، وعدم تميّن محل النزاع ، بل كلّ منهم يفرضه في مادة .

وأما الروايات التي نقل في المسالك استدلال الشيخ - رحمه الله - بها على وجوب العدة على الموطوءة ، وواقفه عليها وشنّع على من خالفة في ذلك ونحوه سبطه أيضاً .

ففيه أن "محل" البحث هي الأمة الموطوءة التي مات عنها سيدها وظاهرها أنه مات سيدها وهي أمة ، وهذه الروايات ما عدا موثقة إسحاق بن عمار قد تضمنت أنه قد أعتقها سيدها ، فالموت إنما وقع بعد عتقها ، ولا ريب أنها بالعتق قد خرجت عن موضوع المسألة التي هي محلّ البحث ، وكيف يستدلّون بها على هذا القول ويشنّعون على من خالفهم فيه ؟ ومسألة وجوب العدة على من أعتقها في حياته أو بعد موته مسألة أخرى سيأتي ذكرها إن شاء الله تعالى على أثر هذه المسألة .

وكيف كان فمع قطع النظر ممّا فرضوه من كون محلّ الخلاف مجرد الأمة التي مات عنها سيدها وهي غير مزوجة أو أنه الأمة الموطوءة لإزاعات عنها والرجوع إلى الأخبار ، فإنّي لم أقف في هذا المقام إلا على موثقة إسحاق بن عمار^(١) المذكورة ، وموردها هو د الأمة يموت سيدها ، قال : تعتدّ عدة المتوفى عنها زوجها ، وإطلاق الأمة فيها شامل للموطوءة ، وغير الموطوءة ، أمّ ولد كانت أو غيرها ، وقد عرفت ممّا قدمنا نقله عن العلامة - قدس سره - في المختلف أنه قيّد هذه الروايات بما إذا اعتقت قبل الموت حملاً على الروايات الدالة على ذلك .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٥ ح ١٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٤٢ ح ٤٢ .

وفيه أن الحمل على خلاف الظاهر فرع وجود المعارض ، وهو هنا غير موجود ، وظاهر إطلاق الموثقة المذكورة أنه بمجرد الملك وإن لم تطلأ يجب عليها عدة الوفاة عن سيدها مثل الزوجة الغير المدخول بها . ولم أقف على مصرح به منهم إلا أنه المفهوم من عموم المسألة الاولى التي فرضها في المسالك ، لأنه فرضها فممن مات عنها سيدها وهي غير مزوجة .

وأنت خير بأن أصحاب المتون لم يتعرضوا لهذه المسألة كالمحقق في الشرائع ومختصره و العلامة في القواعد والارشاد وغيرهما في غيرهما ، وإنما أشار إليها أصحاب المطولات مع ما عرفت من الاضطراب فيه .

المسألة السادسة: المشهور بين الأصحاب أن الأمة إذا أعتقها سيدها في حياته وكان يطؤها فإنه لا يجوز لها التزويج بغيره إلا بعد العدة بثلاثة أقرء ، وإذا توفي عنها اعتدت عدة الوفاة كالحره ، وكذا لو دبرها فإنها تعتد بعد موته عدة الوفاة .

ذكر ذلك الشيخ في النهاية وغيره، وخالف في ذلك ابن إدريس فقال : قد ورد حديث بما ذكره الشيخ فإن كان مجمعاً عليه فالإجماع هو الحجة، وإن لم يكن مجمعاً عليه فلا دلالة على ذلك، والأصل براءة ذمتها من العدة لأنّ إحداهما غير متوقفي عنها زوجها - أعني من جعل عتقها بعد موته فلا يلزمها عدة الوفاة - والآخرى غير مطلقة - أعني من أعتقها في حياته فلا يلزمها عدة المطلقه - ولزوم العدة حكم شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، ولا دلالة على ذلك من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع منعقد، والأصل براءة الذمة. انتهى وهو جيد على أصله الغير الأصيل، وقاعدته التي خالف فيها العلماء حلاً بعد حل .

ومن الأخبار الدالة على ما هو المشهور وهو المؤيد المنصور ما تقدم في سابق هذه المسألة من رواية زرارة ^(١) وحسنة الحلبي ^(٢) وموردهما من غشيهما سيدها ثم أعتقها

(١ و ٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٥ ح ١٣٧ و ١٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٤ ب ٤٣ ح ١ و ٥.

فإنها تعتدّ عدة المطلقة ، وإن مات قبل العدة اعتدت عدة الوفاة .
 ومارواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام
 قال في رجل كانت له أمة فوطأها ثم أعنتها ، وقد حاضت عنده حيضة بعد ما
 وطأها ، قال: تعتدّ بحيضتين . قال ابن أبي عمير في حديث آخر: تعتدّ بثلاث حيض.
 قال السيّد السند في شرح النافع : ومقتضى هذه الرواية احتساب الحيضة
 الواقعة بعد الوطء وقبل العتق من العدة ، ولا أعلم بمضمونها قائلًا .
 وفي الصحيح أو الحسن عن الحلبي ^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل
 يعتق سريته ، أ يصلح له أن يتزوجها بغير عدة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال :
 لا ، حتى تعتدّ ثلاثة أشهر ، الحديث ^(٣) .
 ورواه الشيخ في التهذيب ^(٤) في الصحيح عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام
 مثله إلى قوله : ثلاثة أشهر .

ومن هذا الخبر وسابقه يستفاد أنها لو لم تكن من ذوات الأقراء فإنها
 تعتدّ بالأشهر كما سيأتي التصريح به في صحيحة داود الرقي .

- (١) الكافي ج ٦ ص ١٧١ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ ح ٢ و ٣ .
- (٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ ح ٤ .
- (٣) أقول : ومن صحيحة الحلبي المذكورة وموثقة أبي بصير التي بعدها يظهر بطلان الحيلة
 التي ادعواها في إسقاط العدة حيث أنهم قالوا : إنه في مثل هذه المسألة لو أعنتها ثم
 تزوجها في العدة حيث لا عدة عليها من مائه ثم طلقها فإنه يجوز لها أن تنكح غيره
 بغير عدة ، لأنها غير مدخول بها ولا عدة عليها من هذا الطلاق .
- وفيه كما تقدم تحقيقه أن الساقط إنما هو عدة هذا الطلاق ، وأما العدة السابقة التي
 نشأت من العتق فهي على ما هي ، حيث أن سقوطها إنما ثبت للزوج خاصة إذ لا
 يجب عليها الاستبراء من مائه كما ذكره في خبر أبي بصير ، وأما غير فلا دليل على
 سقوطها ، ومجرد تزويج السيد بها وطلاقه لها لا يصلح لأن يكون سبباً في إسقاطها ،
 لأن هذا مختص به خاصة ، والله العالم . (منه - قدس سره -) .

- (٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ب ١٣ ح ١ .

ومارواه في التهذيب ^(١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن أعتق رجل جاريته ثم أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس، ولا تعتد من مائه، وإن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عدة الحرة.

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٢) عن داود الرقي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في المدبرة إذا مات عنها مولاه أن عدتها أربعة أشهر وعشراً من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطؤها، قيل له: فالرجل يعتق مملوكه قبل موته بساعة أو يوم، قال: فقال: هذه تعتد بثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها.

وأما مارواه في الكافي ^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل أعتق وليده عند الموت، فقال: عدتها عدة الحرة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً. قال: وسألت عن رجل أعتق وليده وهو حي وقد كان يطؤها، فقال: عدتها عدة الحرة المطلقة ثلاثة قروء.

فظاهر صدرها الدلالة على أن المعتقة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها إذا كان قبل الموت، مع استفاضة هذه الأخبار بأن عدتها عدة المطلقة سواء كان صحيحاً (حيّاً خل) أو في مرض الموت، وإلهذا أن الشيخ حمل صدرها على المدبرة الموصى بعقها، كما تدل عليه رواية داود الرقي لا أنه أعتقها بالفعل.

ومارواه في الكافي ^(٤) عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل تكون عنده السرية له وقد ولدت منه ومات ولدها ثم يعقها، قال: لا يحل لها أن تتزوج حتى تنقضي عدتها ثلاثة أشهر.

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٧٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٢ ب ١٣ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٥٦ ح ١٤١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥

ب ٤٣ ح ٧ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٥ ب ٤٣ ح ٨.

هذه جملة ما وقفت عليه من أخبار المسألة ، وكلها متفقة الدلالة واضحة
المقالة على وجوب عدة الحرة من الطلاق على الأمة إذا أعتقها سيدها ، وقد جعلوا
العق في هذه الحال مثل طلاق الحرة في وجوب العدة المذكورة .
وأما المدبرة فيدل عليها صحيح داود البرقي صريحاً وصدر رواية أبي بصير حملاً .

الحاق

المشهور من غير خلاف يعرف أنه لومات زوج الأمة ثم اعتقت أتمت عدة
الحرة تغليياً لجانب الحرية ، ذكره الشيخ ومن تأخر عنه .
قال في المسالك : وتوجيهه أنها بعد العتق مأمورة بإكمال عدة الوفاة ، وقد
صارت حرة فلا تكون مخاطبة بحكم الأمة فيجب عليها إكمال عدة الحرة نظراً
إلى حالها حين الخطاب ، ولا تنظر إلى ابتداء الخطاب بالعدة فإنها كل يوم مخاطبة
بحكمها ، وهو معنى قوله «تغلياً لجانب الحرية» ، انتهى .
أقول : قد عرفت في غير موضع مما قدمنا أن مثل هذه التعليقات العقلية
لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، والأظهر الاستدلال على ذلك بما رواه الصدوق^(١)
في الصحيح عن جميل وهشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة طُلقت ثم اعتقت
قبل أن تنقضي عدتها ، قال : تعتد بثلاث حيض ، فإن مات عنها زوجها ثم اعتقت
قبل أن تنقضي فإن عدتها أربعة أشهر وعشراً .

و حينئذٍ فما ذكره من التوجيه يصلح لأن يكون وجهاً للنص المذكور
وبيان الحكمة فيه ، وبعضه ما دل عليه صدر الخبر وتقدم أيضاً في غيره في المسألة
الثانية من أنه لو اعتقت وهي في عدة الطلاق لحقها حكم الحرة والاعتداد بعدتها ،
وبذلك يظهر صحة الحكم المذكور وأنه لا إشكال فيه .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٢ ب ٥٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

المسألة السابعة : في جملة من المواضع التي ذكر الأصحاب فيها سقوط الاستبراء زيادة على ما قدمناه في كتاب البيع وكتاب النكاح .

(منها) لو كاتب جارية فإنه يحرم عليه وطؤها ، لأن الكتابة تقتضي نقلها عن ملكه وإن كان متزلزلاً ، سواء قيل بأن الكتابة بيع للمملوك من نفسه أم عتق بشرط ، وحينئذ فلو فسخت الكتابة لعجزها لم يلزمها الاستبراء لما تقرر من أن الغرض من الاستبراء الفرق بين المأين المحترمين محافظة على الأنساب ، والمأين هنا من واحد . وقد تقدم في كتاب النكاح له نظائر وردت بها النصوص ، ولأنه لا يحل لها التزويج بغيره زمن الكتابة كما سيأتي إن شاء الله في محله .

(ومنها) ما لو حرمت على السيد بارتداده أو ارتدادها ثم أسلمت أو أسلم هو فإنه لا يجب الاستبراء لما عرفت من عدم تعدد المأين ، وهو الموجب للاستبراء ، ولا بد من تقييد ارتداده بكونه عن ملة يمكن عود ملكها إليه بعوده إلى الإسلام والمرتب الفطري يجب قتله عندنا ، وتبين منه زوجته ، وتقسّم أمواله وإن قلنا بقبول توبته فيما بينه وبين الله سبحانه إلا أنها لا يوجب سقوط هذه الحقوق المذكورة فلا يمكن عودها إليه ، وهو ظاهر .

(ومنها) ما لو تزوج المولى أمته ثم طلقها الزوج بعد الدخول فإنها لا تحل للمولى إلا بعد الاعتداد من الزوج كما صرح به الأخبار عموماً وخصوصاً ، إلا أنه تكفي العدة هنا عن الاستبراء فيدخل الأقل تحت الأكثر . أما لو طلقها الزوج قبل الدخول فإنه لا عدة ولا استبراء لعدم حصول الموجب سواء كان المولى أو غيره .

(ومنها) ما لو اشترى مشركة أو مرتدة فمرت بها حيضة في تلك الحال التي هي عليها ثم أسلمت فإنه لا يجب استبراء ثاني ، واعتد بما وقع حال الكفر لحصول الغرض المقصود منه ، وكذا لو استبرأها وهي محرمة عليه بسبب الإحرام فأحل ، والوجه في ذلك أنه لا يشترط في صحة الاستبراء كون الأمة محللة للمولى لولا الاستبراء ، بل يكتفي به وإن كانت محرمة عليه بسبب آخر لحصول الغرض منه

ج ٢٥ في أنه لا يجوز لمن طلق رجعيّاً أن يخرج الزوجة من بيته ٥٢٣

و هو عدم اختلاف المأين ، و حينئذٍ فإذا زال ذلك السبب المحرم الموجود حال الاستبراء حلّت للمولى بالاستبراء السابق .

المقام التاسع: ^(١) في اللواحق، و فيه مسائل :

الاولى : قد صرح الأصحاب بأنّه لا يجوز لمن طلق رجعيّاً أن يخرج الزوجة من بيته إلا أن تأتي بفاحشة ، و هي أن تفعل ما يجب به الحد فيخرج لاقامته ، وأدنى ما تخرج له أن تؤذي أهله ، ويحرم عليها الخروج مالم تضطر ، و لو اضطرت إلى الخروج خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر .

أقول : تحقيق الحال في تفصيل هذا الاجمال أن يقال : الظاهر أنه لا خلاف نصّاً و فتوى في وجوب السكنى للمطلقة الرجعية كما تجب لها النفقة، والأصل في ذلك قوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ^(٢) ، والأخبار المتكاثرة ومنها :

مارواه في الكافي ^(٣) في الصحيح عن سعد بن أبي خلف قال : سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شيء من الطلاق فقال : إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكها نفسها و لا سبيل له عليها و تمتد حيث شاءت و لا نفقة لها ، قال : فقلت : أليس الله عز وجل يقول : لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن ؟ قال : فقال : إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة، فنلك التي لا تخرج، ولا تخرج حتى تطلق الثالثة ، فإذا طلقت الثالثة فقد بانت منه و لا نفقة لها ، و المرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو أجلاً فهذه أيضاً تمتد في منزل زوجها و لها النفقة و السكنى حتى تنقضي عدتها .

(١) والصحيح هو المقام الثامن.

(٢) سورة الطلاق - آية ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٦ ب ٢٠ ح ١ وفيهما اختلاف يسير.

وعن إسحاق بن مزار^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألته عن المطلقة أين تعتد ؟ قال : في بيت زوجها .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن أبي بصير عن أحدهما عليه السلام في المطلقة أين تعتد ؟ فقال : في بيتها إذا كان طلاقاً له عليها رجعة ليس له أن يخرجها ، ولا لها أن تخرج حتى تنقضي عدتها .

ومارواه في الكافي^(٣) عن سماعة في الموثق قال : سألته عن المطلقة أين تعتد ؟ قال : في بيتها لا تخرج ، وإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج بهاراً ، وليس لها أن تصح حتى تنقضي عدتها ، الحديث .

وعنه بن قيس^(٤) في الصحيح والحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال المطلقة تعتد في بيتها ولا ينبغي لها أن تخرج حتى تنقضي عدتها ، وعدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إلا أن تكون تحيض .

و عن الحلبي^(٥) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا ينبغي للمطلقة أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضي عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر إن لم تحض .

و عن أبي الصباح الكناني^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تعتد المطلقة في بيتها ولا ينبغي لزوجها إخراجها ولا تخرج هي .

أقول : إضافة البيت في هذه الأخبار إليها وقع تبعاً للآية ، والمراد به بيت الزوج اضيف إليها للملازمة بالسكنى قبل الطلاق . وقد اتفق الأصحاب أيضاً على أنه يحرم عليه إخراجها إلا أن تأتي بفاحشة كما صرح به الآية ، وأنه كما

(١) الكافي ج ٦ ص ٩١ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٤ ب ١٨ ح ٤ و ٦ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ٩٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٥ ب ١٩ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٩٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٢٢ ب ١٢ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ٨٩ ح ٩١ و ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٤ ب ١٨ ح ١ و ٥ .

يحرم عليه إخراجها يحرم عليها هي الخروج أيضاً، لكن اختلفوا في أن تحريم الخروج عليها هل هو مطلقاً وإن اتفقا عليه بأن أرادت الخروج ورضي الزوج بذلك؛ أو يختص بعدم رضا الزوج، فلو أجاز وأذن لها جاز؟ ظاهر المشهور الأول لاطلاق الآية والأخبار، ودلالتها على تحريم الفردين المذكورين.

قال في المسالك تفرعاً على ذلك: فلو اتفقا على الخروج منعهما الحاكم الشرعي لأن فيه حقاً لله تعالى كما أن في العدة حقاً له تعالى، بخلاف السكنى المستحقة بالنكاح، فإن حقها مختص بالزوجين.

وقيل بتقييد التحريم بعدم الاتفاق، فلو أذن لها في الخروج فخرجت جاز، نقله في المسالك عن جماعة من الأصحاب منهم أبو الصلاح والعلامة في التحرير. ويدل عليه ما تقدم في صحيحة الحلبي وأحسنه، فإنها ظاهرة في جواز الخروج مع إذنه. وعلى هذه فيخص بها إطلاق الآية والأخبار المذكورة، قال في المسالك: والأجود التحريم مطلقاً عملاً بظاهر الآية.

و فيه أن الرواية المذكورة معتبرة الإسناد عندهم إذ حسنها على تقدير عدها من الحسن إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذي لاراد لروايته، منهم كما صرح به غير واحد، فالواجب تخصيص إطلاق الآية بها، وهم قد جروا على هذه القاعدة في غير موضع، ولهذا مال سبطه في شرح النافع إلى ما ذكرناه فقال: والعمل بهذه الرواية متبجح وإن كان المنع مطلقاً أحوط، وهو جيد.

وأما الفاحشة المذكورة في الآية الموجبة لإخراجها فقد اختلف فيها (فقيل) هي الزنا، والمعنى إلا أن يزني فيخرجن لإقامة الحد عليهن. (وقيل) مطلق الذنب وأدناه أن تؤذي أهله. (وقيل) المعنى أن خروج المرأة قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسه أي لا يطلق في الخروج الذي هو فاحشة، وقد علمنا أنه لا يطلق لهن في الفاحشة فيكون ذلك منعاً لهن عن الخروج على أبلغ وجه.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بذلك ما رواه في الكافي^(١) عن محمد بن علي بن جعفر قال : سأل المأمون الرضا عليه السلام عن قول الله عز وجل «لا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، قال : يعني بالفاحشة المبينة أن تؤذي أهل زوجها ، فإذا فعلت ذلك فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضي عدتها فعل .

وعن علي بن إبراهيم عن أبيه عن بعض أصحابه^(٢) عن الرضا عليه السلام في قوله عز وجل «لا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، قال : أذاها لأهل الرجل وسوء خلقها .

و ما رواه في الفقيه^(٣) مرسلاً قال : سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل «واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن» ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، قال : إلا أن ترني فتخرج ويقام عليها الحد .

وفي كتاب مجمع البيان للطبرسي^(٤) قيل : هو البذاء على أهلها فيحل لهم إخراجها ، وهو المروي عن أبي جعفر عليه السلام وأبي عبد الله عليه السلام .
وروى علي بن أسباط^(٥) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : الفاحشة أن تؤذي أهل زوجها وتسبهم .

وما رواه في كتاب إكمال الدين وإتمام النعمة^(٦) بسنده فيه عن سعد بن عبد الله القمي قال : قلت لصاحب الزمان صلوات الله وسلامه عليه : أخبرني عن الفاحشة المبينة التي إذا أمت المرأة بها في أيام عدتها حل للزوج أن يخرجها من بيته ، فقال عليه السلام : الفاحشة المبينة هي السحق دون الزنا ، فإن المرأة إذا زنت واقم عليها

(١) الكافي ج ٦ ص ٩٧ ح ١٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٩ ب ٢٣ ح ١ و ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٢ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٠ ب ٢٣ ح ٣ .

(٣) مجمع البيان ج ١٠ ص ٣٠٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٠ ب ٢٣ ح ٥ و ٦ .

(٤) إكمال الدين ص ٢٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٠ ب ٢٣ ح ٤ .

الحدّ ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج به لأجل الحدّ، وإذا سحقت وجب عليها الرجم، والرجم أخزى، ومن قد أمر الله برجمه فقد أبعد، ومن أبعد فليس لأحد أن يقربه.

وأكثر هذه الأخبار على تفسير الفاحشة بالأذى لأهل زوجها، ومرسلة الفقيه فسرتها بالزنا، ورواية إكمال الدين بالسحق، وبذلك يظهر أن ما ذكره الأصحاب من التفسير بمطلق الذنب وأن أدناها أن تؤذي أهله لأعرف له وجهاً لأن الروايات صريحة في التخصيص بأذى أهله، وليس في شيء منها إشارة إلى مطلق الذنب، وكذلك ما ذكره بعضهم من التفسير بمطلق ما يوجب الحدّ وجعل من جهلته الزنا فإنه لا وجه له لاختصاص المرسلة التي هي مستند ذلك بالزنا، فالتعديّة إلى مطلق ما يوجب الحدّ على هذا القول وكذا التعديّة إلى مطلق الذنب على القول الآخر لا معنى له.

بقي الاشكال في رواية سعد بن عبد الله المروية عن صاحب الزمان صلوات الله وسلامه عليه، فإنها قد تضمنت تفسيرها بالسحق دون الزنا، وجمها في الوسائل على أن السحق أعظم أفراد الفاحشة المبيّنة جمعاً بينه وبين ماضى وبأني. أقول: كيف يتمّ هذا الحمل مع نفيه الزنا بمعنى أن الفاحشة في الآية لم يرد بها الزنا لقوله «السحق دون الزنا» والقدر المحكوم به في هذه الروايات هو التفسير بأذى أهله، وفيما عداه من الزنا والسحق إشكال لتصادم الروايتين المذكورتين. والظاهر أنه لو لم ينفق عليها جاز لها الخروج لاكتساب المعيشة، ويدلّ عليه ما رواه في الفقيه (١) قال: كتب الصّفار إلى أبي عبد الله الحسن بن علي عليه السلام في امرأة طلقها زوجها ولم يجز عليها النفقة للعدة وهي محتاجة، هل يجوز لها أن تخرج وتبيت عن منزلها للعمل والحاجة؟ فوقع عليه: لا بأس بذلك إذا علم الله.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦١ ب ٣٤ ح ١ ونقله المصنف - رحمه

الصحة منها .

قال في المسالك : و تحريم إخراجها و خروجها مشروط بحالة الاختيار ، فلو اضطرت إلى الخروج جاز ، و وجب كونه بعد انتصاف الليل و تعود قبل الفجر على ما ذكره المصنف و جماعة ، وهو في موقوفة سماعة - ثم ساق الرواية المذكورة كما قدمنا ذكره ثم قال : - وإنما يعتبر ذلك حيث تتأدى الضرورة به ، وإلا جاز الخروج مقدار ما تتأدى الضرورة به من غير تقييد بالليل ، انتهى وهو جيد .
ويدل على الحكم الآخر ما ذكرناه من صحة الصفار ، والظاهر أنه لم يقف عليها ، وإلا لنقلها دليلاً لما ذكره .

قالوا : ولا يلزم ذلك في البائن والمتوفى عنها زوجها بل تبين كل منهما حيث شاءت .

أقول : ويدل على البائن صحة سعد بن أبي خلف^(١) المتقدمة ، وأما المتوفى عنها زوجها فاستدل السيد السند في شرح النافع عليها بروايتي معاوية ابن عمار وسليمان بن خالد^(٢) الدالتين على إخراج أمير المؤمنين عليه السلام أم كلثوم من منزل ممر لما مات ، وقد تقدمتا في عدة الوفاة ، قال : وقد ورد في بعض الروايات أن المتوفى عنها زوجها لا تبين في غير بيتها ويجب حملها على الكراهة جمعاً بين الأدلة .

وفيه أننا قد بيننا في عدة الوفاة أنه لا منافاة بين وجوب البيئونة في المنزل وجواز الخروج من منزل إلى منزل بمعنى أنه لا يجب على المرأة الاعتداد في منزل الزوج خاصة كالمطلقة بل لها أن تخرج إلى منزل أهلها فتعتد فيه أو منزل آخر ولو تعددت المنازل ، لكن متى جلست واستقرت في ذلك المنزل لزمها حكم الاعتداد ، ومن بطلته عدم الخروج إلا للضرورة أو قضاء الحقوق كما دلت عليه الروايات

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٣٦ ب ٢٠ ح ١ .

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٨ و ٤٥٧ ب ٣٢ ح ١ و ٣ .

المتقدمة ثمة، فلا منافاة ولا ضرورة إلى حمل تلك الأخبار على الكراهة. فإن ظاهر جملة منها مزيد التأكيد في ذلك الدال على التحريم كأخبار إنكار الرسول ﷺ على النساء، وأنهن كن في الجاهلية يلتزم من ذلك.

وبالجملة فإن الظاهر من الأخبار أن هذا من أحكام الحداد الذي لا خلاف في وجوبه عليها، وحينئذ فيحرم عليها المبيت في غير بيتها كما يحرم عليها الزينة، والله العالم.

المسألة الثانية: لا خلاف في أن المطلقة الرجعية زمن العدة تستحق النفقة والكسوة والمسكن لأنها زوجته مسلمة كانت أو ذميمة.

قالوا: أما الأمة فإن أرسلها مولاهم ليلاً ونهاراً فلها النفقة والسكنى لوجود التمكين التام، ولو منعها ليلاً أو نهاراً فلا نفقة لعدم التمكين وأنه لا نفقة للبائن ولا سكنى إلا أن تكون حاملاً، فلها ذلك حتى تضع.

أقول: ومن الأخبار المتعلقة بهذه المسألة صحيحة سعد بن أبي خلف المتقدمة في سابق هذه المسألة.

ومارواه في الكافي والفقهاء^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة ولا سكنى على زوجها إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة. أقول: قوله «ولا سكنى» ليس في الكافي بل في الفقهاء خاصة.

ومارواه في الكافي^(٢) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن المطلقة ثلاثاً على السنة هل لها سكنى ونفقة؟ قال: لا.

وعن أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المطلقة ثلاثاً أليس لها سكنى

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٢ ب ٨ ح ٢

وما في الوسائل والكافي هكذا والمطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها،

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ب ٨ ح ٥ وفيهما «أو نفقة».

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ب ٨ ح ٦ وفيهما «ونفقة».

أو نفقة؟ قال: حبلى هي؟ قلت: لا، قال: لا. وعن سماعة^(١) في الموثق «قال: قلت: المطلقة لها سكنى ونفقة؟ فقال: حبلى هي؟ قلت: لا، قال: ليس لها سكنى ولا نفقة».

ومارواه في التهذيب^(٢) عن الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المطلقة ثلاثاً أَلها النفقة والسكنى؟ قال: أحبلى هي؟ قلت: لا، قال: لا.

وعن ابن سنان^(٣) «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة ثلاثاً على عدة أَلها سكنى أو نفقة؟ قال: نعم، وهذا الخبر حملة الشيخ على الاستحباب قال: ويحتمل أن يكون المراد به إذا كانت المرأة حاملاً.

ومارواه في الكافي^(٤) عن محمد بن قيس في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام «قال: الحامل أجلها أن تضع حملها، وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها». ورواية عبد الله بن سنان^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يطلق امرأته وهي حبلى، قال: أجلها أن تضع حملها وعليه نفقتها حتى تضع».

ورواية أبي الصباح الكناني^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها» الحديث.

وصحيحة الحلبي أو حسنته^(٧) عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: الحبلى المطلقة ينفق عليها زوجها حتى تضع حملها» الحديث.

و الرواية الاولى من هذه الروايات ونحوها صحيحة سعد بن أبي خلف قد

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٢ ب ٨ ح ٣ وفيهما «المطلقة ثلاثاً».

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣٣ ح ٦٠ و ٦١، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٣ ب ٨ ح ٧ و ٨.

(٣) و ٥ (٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ١ و ٢ و ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣٠ ب ٧ ح ١ و ٢ و ٣.

(٧) الكافي ج ٦ ص ١٠٣ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣١ ب ٧ ح ٤ وكلمة «زوجها» غير موجودة فيهما.

تضمنت حكم المطلقة الرجعية الحامل ، و أن لها السكنى والنفقة ما دامت في العدة . والروايات الأخيرة وهي صحيحة محمد بن قيس وما بعدها قد تضمنت حكم المطلقة الرجعية الحامل وأن لها النفقة والسكنى حتى تضع حملها . وباقي الروايات تضمنت حكم المطلقة البائن حاملاً كانت أو حائلاً ، وأن الحائل لا نفقة لها ولا سكنى ، وأما الحامل فلها النفقة والسكنى ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام في المسألة الثانية من المقصد الخامس في النفقات من الفصل الخامس فيما يلحق بالنكاح وهو آخر كتاب النكاح^(١) .

قالوا : و شرط وجوب النفقة والسكنى للمطلقة رجعيّاً اجتماع الشرائط المعتبرة فيها حال الزوجية من الصلاحية للاستمتاع وتسليم نفسها وغيره ، لأن المطلقة رجعيّاً تبقى بحكم الزوجة ، فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر في الزوجة ، فلو كانت صغيرة لا تتحمل الجماع لم تستحق النفقة في العدة كما لاستحققتها في النكاح ، وكذا لو طلقها وهي ناشئة لم تستحق السكنى والنفقة في العدة كما لاستحققتها في صلب النكاح ، وكذا لو نثرت في العدة ولو بالخروج عن مسكنها بغير إذنه تسقط نفقتها وسكنها ، ولو عادت إلى الطاعة عاد الاستحقاق .

أقول : وما ذكره وإن لم يرد به نص بالخصوص إلا أنه الأوفق بالقواعد الشرعية لترتب ذلك على بقاء الزوجية ، إلا أن عد الصغيرة منها لا يخلو من شيء فإنها لأعدة عليها بعد الطلاق لعدم الدخول بها .

بقي هنا شيء لم يتقدم ذكره ، وهو أنه لا ريب أن العدة تجب مع وطء الشبهة إجماعاً نصاً و فتوى ، وهل تثبت النفقة لها لو كانت حاملاً ؟ وجهان ، بل قولان مبنيان على أن النفقة على الحامل هل هي لها أو للحمل ؟ فقال الشيخ : هي للحمل و حينئذ فتجب ، وإن كانت الحامل غير مطلقّة إذا كان الولد ملحقاً بالواطئ كما هو محل البحث ، فإن نفقة ولده واجبة عليه ، وإن لم تكن أمه زوجته .

(١) راجع ص ١٠٨ من هذا الجزء .

وأما على القول بأنها للحامل فلا، لأن الموطوعة بالشبهة ليست زوجة يجب الاتفاق عليها، كذا قيل.

وفيه أن القائل بكونها للحامل يقول بأنها لأجل الحمل، لا أنها لها مطلقاً حتى يعلل نفيها بأنها ليست زوجة على أنه قد تقدم في الموضع المشار إليه أن المسألة موضع إشكال، لعدم النص الواضح في هذا المجال.

وظاهر المحقق في الشرائع الاستشكال في هذه المسألة - أعني مسألة وجوب النفقة للموطوعة بالشبهة بناءً على كونها للحامل من وجه آخر - ومنشأ الإشكال مما تقدم من أنها بناءً على القول المذكور لولده الواجب النفقة عليه، ومن إمكان أن يقال: إن وجوب نفقة البائن على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النص، وهو المطلقة الحامل فلا يتعدى إلى غيرها.

وبالجملة فالتمسك بأصالة العدم أقوى مستمسك حتى يقوم دليل على الوجوب والتمسك في ذلك بما ذكر مع كون تلك المسألة كما عرفت غير خالية من الإشكال مما لا يمكن الاعتماد عليه في هذه الحال.

وقد علم مما تقدم - وهو المشهور في كلام الأصحاب وعليه دل ما تقدم من الأخبار - أن نفقة المعتدة مختصة بالرجعية والبائن إذا كانت حاملاً.

وأما المتوفى عنها زوجها، فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها إجماعاً، وإن كانت حاملاً فلا نفقة لها أيضاً في مال المتوفى عنها إجماعاً، وإنما الخلاف في أنه يجب لها النفقة في نصيب الولد أم لا؟ فظاهر المشهور بين المتقدمين الأول، والمشهور بين المتأخرين الثاني، وقد تقدم تحقيق الكلام في المسألة منقحاً في الموضع المتقدم ذكره.

المسألة الثالثة: قد صرح الأصحاب بأنه لو تزوجت في العدة لم يصح ولم تنقطع عدة الأول، فإن لم يدخل فهي في عدة الأول، وإن وطأها الثاني عالماً بالتحريم فالحكم كذلك، حملت أو لم تحمل، ولو كان جاهلاً ولم تحمل أتمت عدة الأول لأنها أسبق، وأستأنفت أخرى للثاني على أشهر الروايتين.

أقول: أما عدم صحة العقد عليها في العدة بآئنة كانت أو رجعية فهو مملاً خلاف فيه نصاً وفتوى، علم بالحكم أو لم يعلم، وقد تقدمت الأخبار المتضاربة بذلك في كتاب النكاح.

وأما عدم انقطاع عدة الأول فظاهر. لعدم القاطع لها، ومجرد العقد عليها لا أثر له في ذلك لفساده وكونه في حكم العدم.

وأما أنه إذا وطأها الثاني ودخل بها بعد العقد عالمًا بالتحريم فالحكم كذلك يعني أنه لا عدة، فعلم بأثمة زانٍ ولا حرمة لمائه، فتكفي يكمال العدة الأولى سواء كانت عدة طلاق أم عدة وفاة أم غيرهما، وهو مبني على ما هو المشهور بينهم، بل ربما ادعي عليه الإجماع من أنه لا عدة على الزانية لا من ماء الزاني ولا غيره، مع أننا قد قدمنا في غير موضع^(١) ورود الأخبار بالعدة في هذا الموضع وهو مذهب ابن الجنييد أيضاً، وحينئذٍ فالأظهر عدم الاكتفاء يكمال العدة الأولى كما ذكرود. وأما أنه لو كان جاهلاً ولم تحمل فإنها تتم عدة الأول ثم تستأنف أخرى للثاني فالوجه في ذلك أن الدخول بها جاهلاً يصير النكاح وطء شبهة، وهو نكاح صحيح موجب للعدة.

وأما عدم تداخل العدتين فعلم بأثمة الأصل، وأثمةما حقان مقصودان كالدين، وأسندناه هنا إلى أشهر الرايتين، وأراد بهما الجنس لتعدد الروايات من الطرفين. فعمماً يدل على التعدد كما هو المشهور صحيحة الحلبي أو حسنته^(٢) بإبراهيم

(١) منها ما في هذا الكتاب [راجع ص ٣٩٧ من هذا الجزء] في أول الفصل الثالث في العدد وقبله في كتاب النكاح [الحدائق ج ٢٣ ص ٤٩١] في الإلحاق المشتمل على جملة من أحكام الزنا من المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة. (منه - قدس سره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٦ ب ١٧ ح ٦.

ابن هاشم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قيل أن تمضي لها أربعة أشهر وعشراً ، فقال : إن كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها للأول واستقبلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء ، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الأول وهو خاطب من الخطاب .

وموثقة محمد بن مسلم ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها، قال: إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً واعتدت بما بقي عليها من الأول واستقبلت عدة أخرى من الآخر، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما وأتمت عدتها من الأول وكان خاطباً من الخطاب .

ورواية علي بن بشير النبال ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وفيها وإن فعلت ذلك بجهالة منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد وفرق بينهما، وتعتد بما بقي من عدتها للأولى، وتعتد بعد ذلك عدة كاملة .

ومما يدل على الاتحاد صحيحة زرارة ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها، قال: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً . وعن أبي العباس ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها ، قال: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً .

وعن جميل عن بعض أصحابه ^(٥) عن أحدهما عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها، قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً ، الخبر .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٢٧ ح ٥٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٧ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٤ ب ١٧ ح ٢ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٩ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٩ ب ١٧ ح ١٨ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) (٤) (٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٨ ح ٣٦ ، ٣٨ و ٤١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤٧ ب ١٧ ح ١١ و ١٢ و ١٤ .

ورواية زرارة ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نسي إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة وليس للآخر أن يتزوجها أبداً ،

والظاهر من نسبة الرواية إلى الشهرة أن المراد بها الشهرة في الفتوى ، فإن المشهور هو التعدد كما عرفت ، وإلا فالشهرة في الرواية إنما هي في جانب الروايات الدالة على الاتحاد .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الشيخ في كتابي الأخبار أجاب عن روايتي زرارة وأبي العباس الدائنين على الاتحاد بالحمل على ما إذا لم يكن الثاني دخل بها ، وهو كما ترى غفلة عجيبية ، فإنهما قد صرحا بأنها تعتدّ منهما جميعاً عدة واحدة ، وكيف تعتدّ وهي غير مدخول بها .

وجملة من المتأخرين كالسيد السند في شرح النافع حملوا أخبار التعدد على الاستحباب ، والأظهر عندي حملها على التقيّة التي في اختلاف الأحكام أصل كل بليّة . وتدلّ على ذلك رواية زرارة ^(٢) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة نسي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ، فجاء زوجها الأول ففارقها وفادقها الآخر ، كم تعتدّ للناس ؟ فقال : ثلاثة قروء ، إنما يستبرأ رجها بثلاثة قروء وتحلّ للناس كلّهم . قال زرارة : وذلك أن أناساً قالوا تعتدّ عدتين من كل واحد عدة ، فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام وقال : تعتدّ ثلاثة قروء وتحلّ للرجال .

ورواية يونس عن بعض أصحابه ^(٣) في امرأة نسي إليها زوجها فتزوجت ثم

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٨ ح ٣٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٤١ ب ١٦ ح ٢ وفيهما اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٨ ب ٣٨ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٨ ب ٣٨ ح ٢ وفيهما وثم قدم زوجها الأول .

قدم الزوج الأول فطلقها وطلقها الآخر، قال: فقال إبراهيم النخعي: عليها أن تعتد عدتين. فحملها زارة إلى أبي جعفر عليه السلام فقال: عليها عدة واحدة. ومن هذين الخبرين يعلم أن الاتحاد مذهب العامة فيجب حمل أخباره على التقية بلا إشكال. وقد تقدم هذا التحقيق في كتاب النكاح أيضاً ونحوه في موضع آخر بعده أيضاً.

هذا فيما لو كان جاهلاً ولم تحمل، وأما لو حملت فيأتي بناءً على وجوب تعدد العدة وعدم التداخل - التفصيل بأنه إن كان ثمة ما يدل على أنه الأول بأن وطئت للشبهة بعد الحمل اعتدت لأولاً بوضعه، ثم تعتد للثاني بالأقراء، وإلا بالأشهر وإن كان الحمل للثاني ويعلم بوضعه لما زاد عن أكثر الحمل من وطء الأول^(١) ولما بينه وبين الأول من وطء الثاني اعتدت بوضعه للثاني وأكملت عدة الأول بعد ذلك، فإن كانت رجعية كان له الرجوع في زمن الاكمال دون زمان الحمل على الأشهر. وربما قيل بجواز الرجوع في زمن الحمل أيضاً لأنها لم تخرج بعد من عدته الرجعية، لكن لا يجوز الوطء إلى أن تخرج من عدة الشبهة، ولو فرض انتفاء الحمل عنهما بأن ولدته لأكثر من عدة الحمل من وطء الأول ولأقل من ستة أشهر من وطء الثاني لم يعتبر زمان الحمل من العدة، وأكملت الأولى بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر على حسبها، ثم اعتدت بعدها للأخير كذلك.

ولو احتمل أن يكون منهما كما لو ولدته فيما بين أقل الحمل وأقصاه بالنسبة إليهما انقضت إحدى العدتين بوضعه على كل حال واعتدت بعد ذلك للآخر، ثم إن الحق بالأول استأنفت عدة كاملة للثاني بعد الوضع، وإن الحق بالثاني أكملت عدة الأول، كما لو كان الحمل للثاني ابتداءً.

(١) بأن تضعه لعشرة مثلاً من وطء الأول، والحال أن أقصى الحمل تسعة أشهر كما هو الأشهر الأظهر، فإنه لا يمكن حيثئذ إلحاق الولد بالأول، أو تضعه لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، بمعنى أنه إذا اعتبر بوطء الثاني كان لسته أشهر من وطئه، وإن اعتبر بوطء الأول لأقل من ستة أشهر من وطئه فإنه يجب الحكم به للثاني إذ لا يكون الولد حياً لأقل من ستة أشهر. (منه - قدس سره -).

ج ٢٥ في أنّ زوجة الحاضر تعتد من الطلاق والوفاة من حين وقوعها ٥٣٧

بقي الكلام في أنّه في هذه الصورة التي يحتمل كونه منهما بمن يلحق منهما قولان: (أحدهما) للشيخ وهو أنّه يقرع بينهما لأنها صارت فراشاً لكل منهما في وقت إمكان حملها فاشكل أمره ، والقرعة لكل أمر مشكل ، ولا فرق في ذلك بين أن يتداعيا أم لا .

(وثانيهما) وعليه الأكثر أنّه يلحق بالثاني لأنها فراش له بالفعل وفراش الأول قد انقضى ، وصاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل أولى لقوله عليه السلام والولد للفراش ، وقد تقدم تحقيق القول في هذا الحكم وذكر الروايات الدالة على القول المشهور في كتاب النكاح ^(١) .

المسألة الرابعة : لا إشكال ولا خلاف في أنّ زوجة الحاضر تعتد من الطلاق من حين وقوعه ، ومن الوفاة من حين وقوعها ، وأما لو كان الزوج غائباً فالأشهر أن يظهر أنّها تعتد من الطلاق من حينه ، ومن الوفاة من يوم بلوغ الخبر ، وعلى ذلك تدل الأخبار المتكاثرة.

ومنها بالنسبة إلى الطلاق ما رواه ثقة الاسلام ^(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال لي أبو جعفر عليه السلام : إذا طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك ، فإذا مضى ثلاثة أقرء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها .

وعن الحلبي ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب عنها ، من أي يوم تعتد ؟ فقال : إن قامت لها بيّنة عدل أنّها طلقت في يوم معلوم و تيقّنت فلتعتد من يوم طلقت ، وإن لم تحفظ في أي يوم وفي أي شهر فلتعتد من يوم يبلغها .

و عن زرارة و محمد بن مسلم و بريد بن معاوية ^(٤) كلهم عن أبي جعفر عليه السلام في الصحيح أو الحسن أنّه قال في الغائب إذا طلق امرأته فإنها تعتد من اليوم

(١) تقدم ذلك في المقصد الرابع في أحكام الأولاد من الفصل الخامس فيما يلحق بالنكاح . (منه - قدس سره -) راجع ص ١٣ من هذا الجزء .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٣ ب ٢٦ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ ح ٢ و ٣ .

الذي طلقها».

و على هذا النهج رواية زرارة^(١) و رواية اخرى له^(٢) أيضاً ورواية أبي الصباح الكناني^(٣).

وما رواه في كتاب قرب الأسناد^(٤) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام في الصحيح «قال : سأله صفوان بن يحيى وأنا حاضر عن رجل طلق امرأته وهو غائب فمضت أشهر ، فقال : إذا قامت البيّنة أنّه طلقها منذ كذا وكذا وكانت عدتها قد انقضت فقد حلت للأزواج ، قال : فالتفتي عنها زوجها ؟ قال : هذه ليست مثل تلك ، هذه تعتد من يوم يبلغها الخبر ، لأنّ عليها أن تحدد» .

وتدلّ على ذلك الأخبار الدالة على أنّها إذا لم تعلم بالطلاق إلا بعد انقضاء العدة فلا عدة عليها ، ومنها رواية قرب الأسناد المذكورة .

وما رواه الشيخ في التهذيب^(٥) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «قال : إذا طلق الرجل المرأة وهو غائب ولم تعلم إلا بعد ذلك بسنة أو أكثر أو أقل فإذا علمت تزوجت ولم تعتد» الحديث .

وما رواه الكليني^(٦) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام «قال في المطلقة إذا قامت البيّنة أنّه قد طلقها منذ كذا وكذا فكانت عدتها قد انقضت فقد بان» .

وعن أبي بصير^(٧) عن أبي عبد الله عليه السلام «أنّه عن سئل عن المطلقة يطلقها زوجها فلا

-
- (١) ٢ و (٣) الكافي ج ٦ ص ١١١ ح ٧ و ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ ح ٤ و ٥ .
 (٤) قرب الإسناد ص ١٥٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٥ ب ٢٦ ح ٧ .
 (٥) التهذيب ج ٨ ص ١٦٤ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٥ ب ٢٧ ح ١ وفيهما اختلاف يسير .
 (٦) الكافي ج ٦ ص ١١١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٥ ب ٢٧ ح ٢ .
 (٧) الكافي ج ٦ ص ١١١ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٧ ح ٣ .

تعلم إلا بعد سنة ، فقال : إن جاء شاهد عادل فلا تعتد ، وإلا فلتعتد من يوم يبلغها .
وأما بالنسبة إلى الوفاة فيدل على ذلك ما تقدم في صحيحة البرنطي المروية
في قرب الأسناد .

وما رواه ثقة الاسلام ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في
الرجل يموت وتحتة امرأة وهو غائب ، قال : تعتد من يوم يبلغها وفاته .
وعن أبي الصباح الكناني ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال : التي يموت عنها
زوجها وهو غائب فعدتها من يوم يبلغها إن قامت لها البينة أولم .

وعن زرارة ومحمد بن مسلم و يزيد بن معاوية ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن
أبي جعفر عليه السلام قال في الغائب عنها زوجها إذا توفى ، قال : المتوفى عنها زوجها
تعد من يوم يأتيها الخبر لأنها تحد عليه .

وعن ابن أبي نصر ^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال :
المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم يبلغها لأنها تريد أن تحد عليه .

وعن الحسن بن زياد ^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : في المرأة إذا بلغها نهي
زوجها تعتد من يوم يبلغها ، إنما تريد أن تحد له .

وعن رفاعه ^(٦) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتوفى عنها زوجها وهو غائب

متى تعتد ؟ قال : يوم يبلغها الخبر .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٨ ح ٢ وفيهما وإن قامت البينة أو
لم تقم .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٦ ب ٢٨ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٣ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ١٦٣ ح ١٦٤ وفيهما «تعد حين يبلغها» ،
الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٧ ب ٢٨ ح ٤ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٧ ب ٢٨ ح ٥ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١١٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٧ ب ٢٨ ح ٦ .

وما رواه الشيخ في التهذيب^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: المتوفى عنها زوجها وهو غائب تعتد من يوم يبلغها وإن كان قد مات قبل ذلك بسنة أو سنتين.

وعن محمد بن مسلم^(٢) أيضاً في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته وهو غائب عنها فليشهد على ذلك، وإذا مضى ثلاثة أشهر فقد انقضت عدتها، والمتوفى عنها تعتد إذا بلغها.

وما رواه الصدوق في الفقيه^(٣) بإسناده في قضايا أمير المؤمنين عليه السلام في حديث قال: المطلقة تعتد من يوم طلقها زوجها والمتوفى عنها تعتد من يوم يبلغها الخبر، إن هذه تحدد وهذه لا تحدد.

وما رواه في العلل^(٤) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح عن الرضا عليه السلام في المطلقة إن قامت البيّنة أنه طلقها منذ كذا وكذا، وكانت عدتها قد انقضت فقد باءت منه، والمتوفى عنها زوجها تعتد حين يبلغها الخبر لأنها تريد أن تحدد له. قال في المسالك بعد إيراد بعض الأخبار المذكورة المتضمنة للتعليل بالحداد ما لفظه: وفيه إشارة إلى الفرق بينهما، فإن المتوفى عنها عليها الحداد، وهو لا يحصل قبل بلوغ الخبر، بخلاف المطلقة المقصود منها براءة الرحم، وهو يحصل بمضي المدة علمت بالحال أم لم تعلم. ويشكل الحكم على هذا التعليل في الأمة حيث لا يوجب عليها الحداد، وأن مقتضاه مساواتها للمطلقة لعدم مقتضى لجعل

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٦٤ ح ١٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ ح ٨ وفيهما «ولو كان قد مات».

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٦١ ح ١١٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ ح ١١ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٨ ح ١٣ وفيهما اختلاف يسير.

(٤) علل الشرائع ص ٥٠٩ ط النجف الأشرف، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٨ ح ١٤.

عدتها من حين بلوغ الخبر، ويمكن القول بمساواتها للحرية هنا نظراً إلى إطلاق كثير من الأخبار اعتداد المتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر الشامل لها والتعليل في الأحكام الشرعية ضبطاً للقواعد الكلية لا يعتبر فيه وجوده في جميع أفرادها الجزئية كحكمه العدة وغيرها من الأحكام، وقد ذهبنا على هذا البحث غير مرة. انتهى وهو جيد، وقد تقدم منّا في هذا الكتاب ما يساعده ويؤيده.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنّ في المسألة أقوالاً زائدة على ما ذكرناه منها قول ابن الجنيّد^(١) بالتسوية بينهما في الاعتداد من حين الموت والطلاق، إن علمت الوقت وإلا حين يبلغها فيهما.

وبدلّ على هذا القول ما رواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن عبيد الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك، قال: فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، وإن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها البيّنة إذا قامت لها أنه مات في يوم كذا وكذا، وإن لم تكن لها بيّنة فلتعتد من يوم سمعت.

وعن الحسن بن زياد^(٣) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها ولا تعلم إلا بعد سنة، والمتوفى عنها زوجها ولا تعلم بموته إلا بعد سنة، قال: إن جاء

(١) قال علي ما نقله عنه في المختلف: والتي يطلقها زوجها أو يموت وهو غائب عنها إن علمت الوقت، وإلا حين بلغها، فإن كان قد خرج وقت العدة عنها فلا علة عليها إن كان مسيرة ما بين البلاد ما كان يمكن علمها بذلك قبل الوقت الذي علمت، وإن كانت المسافة لا تحتمل أن تعلم الحال في الوقت الذي علمت به اعتدت من يوم يبلغها طلاق ووفاة زوجها وهي معه في البلد، انتهى (منه - قدس سره).

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٤ ح ١٧٠ وفيه «عن عبد الله عن الحلبي»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ ح ١٠ وفيه «عبيد الله عن الحلبي».

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٦٤ ح ١٦٩ وفيه «الحسين بن زياد»، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٨ ب ٢٨ ح ٩ وفيهما «إن جاء شاهدان عدلان».

شاهدا عدل فلا تعتدان ، وإلا تعتدان .

وهذان الخبران حملهما الشيخ في التهذيبين على الشذوذ لمخالفة سائر الأخبار فلم يجوز العدول عنها إليهما ، ثم احتمل وهم الراوي واشتباها المطلقة بالمتوفى عنها زوجها .

أقول : أمّا الشذوذ فنعم ، لما عرفت من استفاضة الأخبار بخلافها ، وأمّا الحمل على وهم الراوي بأن يكون سمع ذلك في المطلقة ثم اشتبه عليه وظن المتوفى عنها زوجها فبعد غاية البعد ، فإنه لا يخلو قد جمع بينهما معاً في الحكم وصرح بكل واحد منهما على حالها .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ^(١) - نظراً إلى ورود صحيحة الحلبي دالة على هذا القول ، وهو أمثاله من أرباب هذا الاصطلاح يدورون مدار ذلك - جمع بين الأخبار بحمل الأخبار السابقة على الاستحباب كما هي قاعدتهم المتعارفة في هذه الأبواب .

وقد عرفت ما فيه ^(٢) ممّا قدمناه في غير موضع من هذا الكتاب ، والأظهر عندي حمل هذين الخبرين على التقية ، فإن المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي نقل في الوسائل أن القول بما دل عليه مذهب جميع العامة .

(١) قال في المسالك - بعد ذكر جملة من الأخبار الدالة على هذه الأقوال الثلاثة - ما صورته : واختلاف هذه الأخبار المعتبرة الإسناد يؤذن بجواز العمل بكل منها ، وذلك فيما يقتضي التحديد على وجه الاستحباب والاحتياط . انتهى ، وفيه ما عرفت في الأصل ، وأن الأظهر حمل الأخبار المخالفة على التقية وإن كانت هذه القاعدة عندهم مهجورة كما أشرنا في غير موضع مما تقدم في الكتاب ، (منه - قدس سره -) .

(٢) وهو إن الاستحباب حكم شرعي يتوقف على الدليل الواضح كالوجوب والتحريم واختلاف الأخبار ليس في أدلة ذلك ، وأيضاً أن الحمل على الاستحباب مع ظهور الأخبار في الوجوب مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينة ، واختلاف الأخبار ليس من قرائن المجاز ، هذا مع إمكان الحمل على وجوه آخر من تقية ونحوها . (منه - قدس سره -) .

ونحو هذين الخبرين ما رواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام سئل عن المتوفى عنها زوجها إذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها، فالحداد يجب عليها؟ فقال علي عليه السلام : إذا لم يبلغها حتى تنقضي عدتها فقد ذهب ذلك كله وتنكح من أحببت» .

ومما يؤكّد القول المشهور ورود التعليق بالحداد ، وأنه واجب عليها كما تقدم ، وأنه إنما كانت عدتها من يوم بلوغ الخبر لذلك والخبر المعلّل باصطلاحهم مقدم في العمل به ، فالقول بسقوط الحداد الثابت إجماعاً بين كافة أهل العلم نصّاً وفتوى بهذه الأخبار الثلاثة مع المعارضة بما تقدم ممّا هو أكثر عدداً وأصحّ سنداً مشكل غاية الاشكال مع تأييد تلك الأخبار بالاحتياط الذي هو أحد المرجّحات الشرعية في مقام تعارض الأخبار ، كما دلّت عليه مرفوعة زرارة .

ومنها ما ذهب إليه الشيخ في التهذيب ، وهو أن المتوفى عنها تعتدّ من يوم وفاة الزوج وإن كانت قريبة كيوم أو يومين أو ثلاثة ، وإلاّ فمن يوم بلغها الخبر . واستدلّ عليه بما رواه في الصحيح عن منصور ^(٢) قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المرأة يموت زوجها أو يطلقها وهو غائب ، قال : إن كانت مسيرة أيام فمن يوم يموت زوجها تعتد ، وإن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر لأنها لا بدّ أن تحدث له .

والأظهر عندي ارتكاب التأويل في هذا الخبر وإن بسدّ بحمل مسيرة الأيام على الأيام القليلة التي يمكن فيها وصول الخبر عاجلاً ، وتصير حينئذ في حكم التي في البلد المعتدة من يوم الوفاة . لأنّه لا فرق بينهما إلّا تأخّر وصول الخبر فيما دلّت عليه الرواية يوماً أو يومين عن يوم الوفاة ، وهذا في حكم الوفاة في البلد كما

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٩ ح ٨٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٧ ب ٢٨ ح ٧ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٦٥ ح ١٧١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٩ ب ٢٨ ح ١٢ .

لو كانت البلد متسعة جداً مشتملة على محلات عديدة بحيث يمكن تأخر وصول الخبر من محلة إلى أخرى يوماً أو يومين ، أو رستاق فيه قرى عديدة كذلك، وحينئذٍ فيجتمع هذا الخبر مع الأخبار المتقدمة ولا يصير بينه وبينها كثير تنافٍ .

ومنها ما ذهب إليه الشيخ أبو الصلاح^(١) وهو أنها تعتد من حين بلوغ الخبر مطلقاً محتجاً بأن العدة من عبادات النساء ، وافقار العدة إلى نية تتعلق بابتدائها ، وضعفه أظهر من أن يخفى على ناظر، فإن فيه طرْحاً للأخبار المتقدمة في المطلقة مع ما هي عليه من الكثرة والصحة والصراحة مع ما في تعليله العليل ، لمنع كون العدة من العبادات المتوقفة على النية بل من العبادات مطلقاً .

تنبيهات

الأول : ظاهر الأخبار المتعلقة بعدة الوفاة وأنها تعتد من يوم يبلغها الخبر أو يوم يأتيها الخبر ، وبحو ذلك من هذه العبارات أنه لا فرق في جواز الاعتداد لها بين كون المخبر ثقة يفيد قوله ظن الموت أم لا ، صغيراً كان أو كبيراً ، ذكراً كان أو أنثى، كل ذلك للإطلاق ، إلا أنها وإن اعتدت وحدث بمجرد ذلك لكن لا يجوز لها التزويج إلا بعد الثبوت الشرعي بالبيّنة أو الشيعاء وإن طالت المدة المتوسطة ، وأما خبر الطلاق فلا بد أن يكون ثابتاً معلوماً كونه في أي وقت كما أشارت إليها الأخبار المتقدمة .

ومنها قوله إلا في صحيحة الحلبي أو حسنته^(٢) وإن قامت لها بيّنة عدل

(١) قال على ما نقله في المختلف : إذا طلق الغائب أو مات فعليها أن تعتد لكل منهما من يوم يبلغها الطلاق والوفاء لكون العدة من عبادات النساء ، وافقار العادة إلى نية تتعلق بابتدائها، انتهى . (منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ ح ٢ .

أنها طلقت في يوم معاوم وتيقنت فلتعتد من يوم طلقت. وفي صحيحة البرنطي المنقولة من كتاب قرب الأسناد^(١) وإذا قامت البيئنة أنه طلقها منذ كذا وكذا وبحوها صحيحة الاخرى المنقولة من الكافي^(٢) وما اطلق من الأخبار يحمل على هذه الأخبار المفصلة المبيئنة.

ثم إنه متى ثبت عندها خبر الطلاق ووقته فإن كان قد مضى من الزمان ما تنقضي به العدة فقد انقضت عدتها ولتزوج إن شاءت وإلا انتظرت تمام العدة. الثاني : لو بادرت فتزوجت بعد أن اعتدت بذلك الخبر الغير الثابت شرعاً فإن التزويج يقع باطلاً بحسب الظاهر ، لأننا وإن جوزنا لها الاعتداد بمجرد ذلك الخبر إلا أنه لا يجوز لها التزويج إلا بعد الثبوت الشرعي ، والحال أنه لم يثبت . نعم لو ظهر أن التزويج كان قد وقع بعد الموت والخروج من العدة كان صحيحاً لمطابقة ما وقع ظاهراً للواقع ، وإن أثم بالمبادرة إلى ذلك قبل الثبوت الشرعي لو كان عالماً بتحريم الفعل في تلك الحال .

وبذلك صرح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك^(٣) ثم قال : ولو فرض دخول الزوج الثاني قبل العلم بالحال والحكم بالتحريم ظاهراً ثم انكشف وقوعه بعد الموت والطلاق وتماثل العدة لم تحرم عليه بذلك ، وإن كان قد سبق الحكم به ظاهراً لتبين فساد السبب المقتضي للتحريم ، انتهى وهو جيد .

ومرجع ذلك إلى الاكتفاء في الصحة بمطابقة الواقع^(٤) وإن كان في ظاهر

(١) قرب الأسناد ص ١٥٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٥ ب ٢٦ ح ٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١١ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤٤ ب ٢٦ ح ٤ .

(٣) قال - قدس سره - : لو بادرت فنكحت قبل ثبوته وقع العقد باطلاً ظاهراً ثم ان تبين بعد ذلك بموته قبل العقد وتماثل العدة قبله ظهر صحته في نفس الأمر ولم يفتر إلى تجديده ، ولا فرق مع ظهور وقوعه بعد العدة بين كونه عالماً بتحريم العقد قبله وعدمه وإن أثم في الأول ، ولو فرض . . . إلى آخر ما في الأصل . (منه - قدس سره -) .

(٤) وقد تقدم أن من القائلين بالصحة في هذه المسألة المحقق الأردبيلي وتلميذه صاحب المدارك - قدس سرهما - وهو الحق في المسألة . (منه - قدس سره -) .

الأمر على خلاف المشروع، وهو على خلاف ما بنوا عليه في غير موضع من الأحكام حيث إن من جملة ما خرجوا فيه عن هذه القاعدة صلاة الجاهل بالأحكام الشرعية فحكموا فيمن صلى لأعن اجتهاد ولا تقليد بيطلاق صلاته وإن طابقت المشروع واقعاً، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في غير موضع من الكتب المتقدمة.

الثالث: قد دلت صحيحة الحلبي أو حسنته وهي أول الروايات المتقدمة على التفصيل بين ما إذا قامت البيينة على طلاقها في يوم معلوم فإنها تعتد من ذلك اليوم. وإن لم تحفظ في أي يوم ولا أي شهر فلتعتد من يوم بلوغ الخبر.

وظاهرها أن الاعتداد ببلوغ الخبر في مقام يجهل وقت الطلاق على تقدير الجهل به بكل وجه بحيث يحتمل وقوعه قبل الخبر بغير فصل، والاعتداد من يوم الطلاق إنما هو في صورة العلم بذلك اليوم الذي وقع فيه الطلاق، مع أن هنا فرداً آخر خارج عن هذين الفردين، وهو ما لو فرض العلم بتقدم الطلاق مدة كما لو كان الزوج في بلاد بعيدة يتوقف بلوغ الخبر على قطع المسافة بينها وبينه فإنه يحكم بتقدمه في أقل زمان يمكن مجيء الخبر فيه، ويختلف باختلاف مسافات البعد وسرعة حركة المخبّر وبطئها، وحينئذٍ فكل وقت يعلم تقدم الطلاق عليه يحسب من العدة وإن كان ذلك قبل بلوغ الخبر فتضيف بعد بلوغ الخبر إلى ما تقدم ما تم به العدة.

وبالجملة فإن من كان زوجها بعيداً عنها بمسافة يعلم تقدم الطلاق عن بعض الأيام والشهور وإن جهلت يوم وقوعه وشهره فإنها تعتد بما تقدم مما علم تأخره عن الطلاق، وتضيف إليه بعد بلوغ الخبر ما يكمل به العدة، والرواية محمولة على عدم العلم بذلك بالكلية، فلا منافاة بين ما ذكرنا وبين ما دلت عليه الرواية المذكورة.

المسألة الخامسة: قالوا: إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً ثم راجعها انقضت العدة بالرجعة وعادت إلى النكاح الأول المباح للدخول، وصارت كأنها لم تطلق بالنسبة إلى كونها الآن منكوحة ومدخولاً بها، وإن بقي للطلاق السابق أثر ما من

حيث عده في الطلقات الثلاث المحرمة ، فإذا طلقها بعد هذه الرجعة قبل المسيس لزمها استئناف العدة لأنها بالرجعة عادت إلى النكاح الذي مسّها فيه ، فالطلاق الثاني طلاق في نكاح وجد فيه المسيس سواء كان الثاني بائناً أم رجعيّاً لا شترأ كهما المقتضي للعدة ، وهو كونه طلاقاً عن نكاح وجد فيه الوطء ، وفي معنى الطلاق البائن الخلع .

وفي هذا الأخير قول للشيخ في المبسوط بعدم العدة للخلع بناءً على أن الطلاق بطل لإيجابه العدة بالرجعة ، ولم يمستّها في النكاح المستحدث ، والحل المستحدث وهو ما بعد الرجعة ، فأشبه ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها وطلقها . ورد بأن الرجعة إنّما أبطلت العدة المسببة عن الطلاق بسبب عود الفرائ السابق ، وهو مقتضى لصيرورتها مدخولاً بها ، وخلع المدخول بها يوجب العدة ، ولم يتجدد نكاح آخر لم يمستّها فيه ، وإنّما عاد النكاح الممسوس فيه ، بخلاف ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها لارتفاع حكم النكاح الأول بالينونة ، والنكاح بعده غير الأول ، وإذا طلقها بعده فقد وقع بغير مدخول بها في ذلك النكاح .

هذا كلّّه إذا كان الطلاق الأول رجعيّاً ، أمّا لو كان بائناً كما إذا خال زوجته المدخول بها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فإنّه لا يلزمها منه العدة لأن العقد الثاني لم يعد الفرائ الأول ، وإنّما أحدث فرائاً آخر ، والعدة الأولى بطلت بالفرائ المتجدد ولم يحصل فيه دخول ، فإذا طلقها حينئذ فقد صدق أنّها مطلقة عن نكاح غير مدخول بها فيه ، فيدخل تحت عموم قوله تعالى "ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن" فما لكم عليهن من عدة تعتدوهن^(١) .

وقيل : يلزم العدة ، وهو منقول عن القاضي ابن البرّاج في المذهب محتجاً بأنّها لم تكمل العدة الأولى وقد انقطعت بالفرائ الثاني فتجب العود إليها بعد الطلاق . قالوا : وضعفه واضح ممّا بينناه . هذا خلاصة ما ذكره في هذا المقام ،

(١) سورة الأحزاب - آية ٤٩ .

وهو ينحل^١ إلى مسائل ثلاث :

الاولى : ما إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً ثمّ راجعها ثمّ طلقها قبل الدخول ، وقد عرفت ممّا ذكره أنّه بالرجعة قد رجع النكاح الأول ، فالطلاق الثاني الواقع بعد الرجعة إنّما وقع لزوجة مدخول بها فيجب العدة البتّة ، إلّا أنّه لا يخلو من شوب الاشكال من حيث إنّ^٢ ما ذكره غير منصوص وإنّما هو تعليل اعتباري . وقد عرفت ما في بناء الأحكام على هذه التعليلات الاعتباريّة ، فإنّه من الجائز أن يكون الطلاق الأول قد رفع حكم النكاح ، فقله وإنّها بعد الرجعة كأنّها لم تطلق ، وإنّها الآن منكوحة مدخولاً بها ، ممنوع لأنّ الطلاق قطع حكم النكاح الأول ومنع من استيجابه ، وإن ثبت كونها زوجة بعد الرجعة إلّا أنّه ليس بثبوت الزوجيّة من جميع الجهات ليرتبّ عليها ما ذكره .

وبالجملة فالمانع مستظهر حتّى يقوم الدليل الشرعي على ما ذكره وليس فليس . واستئناف العدة بعد الطلاق الثاني لا يستلزم ما ذكره ، بل يجوز أن يكون مستنده أنّه حيث إنّ^٣ الطلاق الثاني لما كان بغير مدخول بها فلا عدة عليها منه ، و عدة الطلاق الأول إنّما انقطعت بالنسبة إلى الزوج كما يأتي مثله في المسألة الثالثة .

وأما بالنسبة إلى غيره فلا فيجب حينئذٍ بعد الطلاق الثاني استئناف عدة الطلاق الأول إذا أرادت التزويج بغير الزوج ، لا بدّ لنفي ما ذكرناه من دليل .
الثانية : إذا كان الثاني بائناً ، وهذا هو الذي خالف فيه الشيخ فقال بسقوط العدة كما تقدم من ذكر دليله وما أورد عليه ، وفيه ما في سابقته من البحث المذكور فإنّ^٤ المسألتيّن من باب واحد .

الثالثة : ما إذا كان الطلاق الأول بائناً من خلع ونحوه ، وهذا هو محلّ الخلاف مع القاضي ابن البرّاج .

قال الشيخ في الخلاف على ما نقله في المختلف : إذا تزوج امرأة ثم خلعها ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول بها لأعدة عليها . وقال ابن البراء في المهذب : فإن خالها ثم تزوجها ثم طلقها استأنف أيضاً العدة ولم يجز لها أن تبني على ما تقدم . ثم قال في المختلف : - والوجه ما قاله الشيخ في الخلاف . انتهى ، وعليه جملة من وقفنا على كلامه من الأصحاب ، ولم ينقل فيه الخلاف إلا عن القاضي المذكور . والظاهر أن ما ذكره من الفرق بين المسألتين الأولى والثانية إنما ألجأهم إليه الحكم في الثالثة بسقوط العدة في الطلاق الثاني استناداً إلى ما ذكره من ظاهر الآية ، وعلى هذا بنوا الحيلة في إسقاط العدة في هذه الصورة فجوزوا لغير الزوج أن يعقد عليها بعد هذا الطلاق الأخير لكونها مطلقة غير مدخول بها ، وقد تقدم الكلام معهم في هذه المسألة في اللاحق المذكور بعد الفصل الثاني في الرجعة من المقصد الثالث في جملة من الأحكام ، وإلى ما اخترناه في هذه المسألة من استئناف العدة كما ذكره القاضي مال جملة من متأخري المتأخرين قد تقدم ذكرهم في الموضع المشار إليه .

وعلى ما ذكرناه يتجه أن يقال : إن سقوط العدة الأولى بتزويجها في العدة وهو المشار إليه بالفراش المتجدد إنما تثبت بالنسبة إلى الزوج لحل ذلك له خاصة حيث إنه لا يجب الاستبراء من مائه الذي هو العلة في وجوب العدة ، وأما غيره فإنه لا يجوز له العقد عليها في هذه الحال مع العلم إجماعاً نصاً وفتوى لكونها في العدة حينئذ . فإذا طلقها بعد هذا العقد فإنه لأعدة عليها من هذا الطلاق الثاني بلا إشكال لدلالة الآية المذكورة المعتمدة بالأخبار على عدم وجوب العدة على المطلقة الغير المدخول بها ، ونحن أننا نوجب عليها العدة من الخلع الأول الذي قد تقدم فإن عدته إنما سقطت سابقاً بالنسبة إلى الزوج خاصة كما عرفت .

وحينئذ فقولهم « فقد صدق أنها مطلقة عن تكاح غير مدخول بها فيه ، مغالطة

ظاهرة، فإن هذا الصديق المدعى إنما يتم بالنسبة إلى الطلاق الثاني، وهو ليس محل البحث، وإنما محله الخلع الذي تقدم، فإن الأدلة الدالة على وجوب العدة منه دالة بإطلاقها على هذا الفرد الذي هو محل البحث غاية الأمر أنه قام الدليل على سقوطها بالنسبة إلى الزوج خاصة، فهو باقٍ تحت إطلاق الأدلة المشار إليها، وتخرج رواية ابن أبي عمير المتقدمة في الموضوع المشار إليه شاهداً على ما ذكرناه.

المسألة السادسة: قد صرحوا: بأن الشبهة في الوطء إن وقعت من الطرفين فالولد يلحق بهما وعليها العدة ولها مهر المثل إذا كانت حرة، وإن اختصت بأحدهما لحق به النسب ووجب العدة عليها سواء كانت هي المختصة بالشبهة أو هو مراعاة لحق الوطء الصحيح من طرف المشتبه عليه، ويختص الحد بالعالم منهما، ثم إن كانت هي العالمة فلا مهر لها، وإلا ثبت، ولو كانت الموطوءة أمة وكانا معاً جاهلين لحق به الولد وعليه قيمته لمولاه يوم يسقط حياً لأنه عوض منفعتها الفاتئة بالحمل وعقر الأمة، وإن كانت عالمة دونه فكذلك، إلا أن في ثبوت المهر لمولاه هنا خلافاً من حيث إثباتها بغير ولا مهر لبغي وكونه لمولاه ولا تزور وأزرة وزر أخرى، وإن كان هو العالم دونها فعليه الحد والولد رق لمولاه، وعليه الفجر، وحيث يثبت لها المهر فهل هو المثل لأنه عوض البضع شرعاً حيث لا مقدر؟ أم هو عشر قيمتها إن كانت بكرًا ونصفه إن كانت ثيباً؟ قولان، والمنصوص منهما صحيحاً هو الثاني.

أقول: وهذه الأحكام قد مرت متفرقة في الأبحاث المتقدمة، وتقدمت النصوص المتعلقة بها، ولكنهم ذكروها هنا إجمالاً من حيث مناسبة المقام وتتميماً لما ذكر هنا من الأحكام.

ثم إنهم قالوا أيضاً: إنه إذا طلقها بائناً ثم وطأها للشبهة فهل تتداخل العدتان لأنهما لواحد، وتؤيده الروايات الدالة على التداخل مع التعدد، فمع

ج ٢٥ في ما لو طلقها بائناً ثم وطأها للشبهة فهل تتداخل العدتان؟ ٥٥١

الاتحاد بطريق أولى ؟ أم لا تتداخل بل تأتي بكل منهما على الكمال لأتتهما حقان مختلفان؟ قولان ، والثاني منهما للشيخ وابن إدريس ، والأول هو المشهور . أقول : قد عرفت ممّا قدمناه ^(١) قريباً أن الأظهر هو الاتحاد مع التعدد وأن مادل على التعدد من الأخبار إنما خرج مخرج التقيّة ، وحينئذٍ فالقول بذلك مع كونهما لواحد أظهر ظاهر .

والمراد من التداخل هو أنّه يدخل الأقل منهما تحت الأكثر ، فلو كانت بالأقراء أو الأشهر استأنفت العدة من حين الوطء ، فيدخل باقي العدة الأولى تحت الثانية ، وعلى تقدير كون الأولى رجعية يجوز له الرجعة في تلك البقية لبعدها لأن تلك البقية من عدته ، وما بعدها من عدة الشبهة ، وقد خرجت من عدته فلا رجوع له عليه وقد خرجت من عدته .

قالوا : ويجوز تجديد النكاح في تلك البقية وبعدها إن لم يكن عدد الطلاق مستوفى ، يعني استيفاء الطلقات المحرمة بأن حصلت ، فإنّه لا يجوز العقد إمّا مطلقاً أو إلّا بمحلّ .

ولو اجتمعت العدتان من شخصين وكانت إحداها عدة طلاق والآخرى عدة وطء الشبهة سواء كان المتقدم عدة الطلاق أو وطء الشبهة فلا تتداخل على المشهور وأمّا على ما اخترناه فيتداخلان .

ثمّ إنّّه على المشهور إن لم يكن هناك حمل أكملت عدة الطلاق بالأقراء أو الأشهر إن كانت هي المتقدمة لتقدمها وقوتها ثمّ اعتدت للثاني بعد الفراغ منها . وإن حصل هنا حمل ، فإن كان من الأول فكالأول ، وإن كان من الثاني قدمت عدته لأنها لا تقبل التأخير وأكملت عدة الأول بعد الوضع ، فإن كانت بالأقراء اعتبرت النفاس حينئذٍ وأكملت بها إن بقي منها شيء ، ولا فرق في ذلك بين العدة الرجعية والبالغة إلّا أن الرجعية يجوز للزوج الرجوع فيها سواء تقدمت أم تأخرت لأن

(١) قد تقدم ذلك في المسألة الثالثة . (منه - قدس سره -) .

ذلك من مقتضاها شرعاً ، ثم إن كانت متقدمة على عدة الشبهة فرجع فيها اعتدت عدة الشبهة بعد الرجوع ، ولا يجوز له الوطء إلى أن تنقضي العدة الثانية ، وإن كان المتقدم هو عدة الشبهة كما إذا ظهر منه حمل فللزواج الرجوع في بقية عدته بعد الوضع دون زمان الحمل لأنها حينئذٍ غير معتدة منه .

وربما قيل بجواز الرجوع في زمن الحمل أيضاً لأنها لم تخرج بعد من العدة الرجعية ، لكن لا يجوز الوطء إلى أن تخرج عدة الشبهة ، والأصح الأول ولو كانت عدة الطلاق بائنة ، فالكلام في جواز تزويجها في العدة كالتقوى في جواز الرجوع ، كذا أفاده شيخنا في المسالك سلك الله تعالى به أفضل المسالك ، والله سبحانه العالم بحقائق أحكامه ونوابه العالمون بمعالم حلاله وحرامه .

هذا آخر الكلام في كتاب الطلاق

ويتلوه إن شاء الله تعالى الكلام في كتاب الخلع والمباراة
والحمد لله وحده وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

كتاب الخلع والمباراة

قال في القاموس^(١): الخلع - كالمنع - : النزاع إلا أن^٢ في الخلع مهلة - إلى أن قال : - وبالضم^٣ طلاق المرأة يبذل منها أو من غيرها كالمخالعة و التخالع . ونحوه قال الجوهري في الصحاح^(٢) .

وقال الفيثومي في المصباح المنير^(٣) : خلعت النعل وغيره خلعاً تزعته ، وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه وطلّقها على الفدية ، فخلعها هو خلعاً والاسم الخلع بالضم ، وهو استعارة من خلع اللباس لأن^٤ كل واحد منهما خالع الآخر ، فإذا فعلاً ذلك فكأن^٥ كل واحد نزع لباسه عنه . ومقتضى كلامهم أنه يطلق لغة على المعنى الشرعي .

قال في شرح النافع : و الظاهر أن هذا المعنى كان معروفاً قبل ورود

(١) القاموس المحيط ج ٣ ص ١٨ .

(٢) الصحاح ج ٣ ص ١٢٥ .

(٣) المصباح المنير ص ٢٤٣ وفيه لأن كل واحد منهما لباس للآخر .

الشرع ، و مقتضى كلام الفيثومي في المصباح أن "الخلع بالمعنى الشرعي مأخوذ من الخلع بالفتح بمعنى النزاع من حيث إن "كلًا" منهما لباس للآخر كما أشار إليه الآية "هن" لباس لكم وأنتم لباس لهن، ^(١) و كأنه بمفارقة أحدهما الآخر على هذه الكيفية نزاع لباسه .

والمباراة بالهمزة وقد تخفف ألفاً : المفارقة . قال في القاموس ^(٢) : بارأه : فارقه ، والمرأة صالحها على الفراق .

وقال الجوهري ^(٣) : تقول : بارأت شريكى إذا فارقت ، وبارأ الرجل امرأته والمراد هنا إباتها بعوض مقصود لازم للزوج ، ويفترقان باختصاص الخلع بكراحتها له خاصة ، والمباراة باشتراكهما في الكراهة وفي أمور أخرى يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

قال في المسالك : واعلم أن "الفرقة الحاصلة على العوض تارة" تكون بلفظ الخلع والمباراة فيلحقها حكمهما ، و تارة" تكون بلفظ الطلاق ، فيكون طلاقاً بعوض ليس بخلع ، لكن جرت العادة بالبحث عنه في كتاب الخلع ، لمناسبة له في كونه إيانة بعوض ، لكنّه يخالفه في بعض الأحكام ، فإنّه طلاق محض يلحقه أحكام الطلاق بأسرها ، ويزيد عليه العوض ، وله أحكام تخصّه زيادة على أصل الطلاق سيأتي إن شاء الله تعالى بيانها ، انتهى .

ثم "إن" الظاهر من كلام جل" الأصحاب - رضوان الله عليهم - أن "الخلع ليس بواجب ، وظاهر الشيخ في النهاية وجوبه متى قالت تلك الأقوال ، قال في الكتاب المذكور : إنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها : إئتني لأطيع لك

(١) سورة البقرة - آية ١٨٧ .

(٢) القاموس المحيط ج ١ ص ٨ .

(٣) الصحاح ج ١ ص ٣٦ .

ج ٢٥ في سبب نزول آية ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ . . ٥٥٥

أمرأ ولا اقيم لك حداً ولا أغتسل لك من جنابة ولا وطنن" فراشك من تكرهه إن لم تطلقني، فمتى سمع منها هذا القول وعلم من حالها عصيانه في شيء من ذلك لم تنطق به وجب عليه خلعه. وتبعه أبو الصلاح وابن البراج في الكامل وابن زهرة. كذا نقله عنهم في المختلف - ثم قال: - لنا الأصل براءة الذمة من وجوب الخلع - ثم قال: - احتج بأن النهي عن المنكر واجب، وإثما يتم بهذا الخلع فيجب - ثم قال: - والجواب المنع من المقدمة الثانية، والظاهر أن مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب.

أقول: بل الظاهر أن مراد الشيخ بالوجوب هنا إنما هو المعنى اللغوي، أعني الثبوت بمعنى أن ثبوت الخلع ومشروعيته متوقفة على ذلك، وروايات المسألة على كثرتها إنما تضمنت أنه لا يحل له خلعهما حتى تقول ذلك، بمعنى أنه لا يشرع ولا يثبت إلا بعد هذه الأقوال. وليس في شيء منها ما يدل على الوجوب كما توهموه، والجميع ظاهر فيما قلناه من الحمل المذكور. وكيف كان فالكلام هنا يقع في مقصدين:

الاول: في الخلع

والأصل فيه الآية الشريفة وهي قوله عز وجل ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَاجِنَا عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١).

وروى شيخنا الشهيد الثاني في المسالك^(٢) في سبب نزول هذه الآية أنها نزلت في بنت عبد الله بن أبي، وكانت زوجة ثابت بن قيس، وكان يحبها وهي تبغضه، فأتت رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله لا أنا ولا ثابت، ولا يجمع رأسي ولا رأسه شيء، والله ما أعيب عليه في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر بعد الإسلام ما أطيعه بغضاً، إنني رفعت جانب الخبا فرأيتُه أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٩.

(٢) مسالك الأفهام ج ٢ ص ٥٨ وقد نقله المصنف بالمعنى. وراجع سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣.

وأحقرهم قامةً وأقبحهم وجهاً ، فنزلت الآية «وإن خفتن أن لا يقيما حدود الله» الآية ، وكان قد أصدقها حديقة ، فقال ثابت : يا رسول الله تريد الحديقة ؟ فقال رسول ﷺ : ما تقولين ؟ قالت : نعم وأزیده ، فقال : لا ، حديقته فقط ، فاختلفت منه . ورواه الطبرسي في كتاب مجمع البيان ^(١) ملخصاً .

والظاهر أن الخبر المذكور من طريق العامة فإنني لم أقف عليه في كتب أخبارنا ، وهو مروي في كتبهم بطرق متعددة ومتون مختلفة .
إذا تقرر ذلك فاعلم أن البحث في الخلع وتحقيق الكلام فيه يقع في الصيغة والفدية والشرائط والأحكام ، فهنا مقامات أربعة :

الاول في الصيغة:

والكلام يقع فيها في مواضع: أحدها : لا يخفى أنه حيث كان الخلع من العقود المفيدة لآبنة الزوجية بعوض منصوص فلا بد له من صيغة دالة عليه كغيره من نظائره ، وقد ذكرنا أنه يقع ذلك بلفظ «خلعتك وخالعتك على كذا» وأنت أو فلانة مختلعة على كذا» مع أنه قد تقدم في الطلاق أن بعضهم يمنع من وقوعه بلفظ «أنت مطلقة» معلاً بأنه بعيد عن شبه الانشاء ، وحكموا بانعقاد بعضها بالجملة الاسمية كانعقاد الضمان بقوله «أنا ضامن» والهبة بقوله «هذا لك» قاصداً به الهبة .

قال السيد السند في شرح النافع - بعد نقل ذلك عنهم ، ونعم ما قال - :
وليس في هذه الأحكام أصل يتعين الرجوع إليه ولا مستند صالح يعول عليه .
أقول : وقد تقدم في هذا الكلام جده قدس سره - في المسالك حيث قال :
واللفظ الصريح فيه قوله «خلعتك وخالعتك على كذا أو أنت أو فلانة مختلعة

(١) مجمع البيان ج ٢ ص ٣٢٩ .

على كذا .

أما الأولان فواقعا بصيغة الماضي التي هي صريحة في الانشاء على ما تقر وتكرر .
وأما الأخيران فلا تنهما وإن لم يكونا باللفظ الماضي لكنهما يفيدان الانشاء
بل هما أصرح فيه من الماضي المفتقر في دلالة على الانشاء إلى النقل إليه .

ولكن مثل هذا لم يلتزمه الأصحاب في جميع العقود اللازمة ، بل أمرهم فيه
مضطرب من غير قاعدة يرجع إليها ، ولا دلالة عليه من النصوص توجهها ، وقد تقدم
في النكاح والطلاق ما يخالف هذا ، وأنه لا يقع بقوله دأنت مطلقة ، ونحوه ، واعتمدوا
في التزامه على خبر لا يوجب ذلك الحصر كما بيناه ، ولو جوزوا في جميع الأبواب
الألفاظ المقيدة للمطلوب صريحا من غير حصر كان أولى ، انتهى وهو جيد ، وإن
خالفه فيما مضى من الأبواب السابقة ، ووافق الجماعة فيما ذهبوا إليه من هذه
المواضع التي اعترضها هنا كما يخفى على من راجع الكتاب المذكور .

وبه يظهر قوة ما ذهبنا إليه في كتاب البيع وغيره من الكتب السابقة من
عدم الانحصار في لفظ خاص ولا صيغة خاصة ، بل كل ما أفاد المطلوب فإنته
كافي في هذا المقام ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يزيد تأييدا ويوضحه تأكيدا ،
في حديث جميل من حكاية خلق ذلك الرجل لابنته من زوجها .

وعلى هذا فكما يقع الخلع بالألفاظ المتقدمة كذا يقع بقوله دأنت طالق

على كذا .

وقد صرح بذلك جملة من الأصحاب أيضا ، منهم الشيخ في المبسوط حيث
قال على ما نقل عنه : فأما إذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقا بلا خلاف
ومنهم العلامة حيث قال في الارشاد : الصيغة وهي : خلعتك على كذا أو أنت أو
فلانة مختلعة على كذا أو أنت طالق على كذا . ونحوه قال في القواعد والتحرير .
وفيه دلالة على أن الطلاق بعوض من أقسام الخلع ترتب عليه أحكامه ،

وسياتي تحقيق المسألة في محلها .

وحيث قد عرفت ممّا تقدم في صدر الكلام أنّ الخلع من قبيل المعاوضات فلا بدّ فيه من القبول من المرأة إن لم يسبق سؤالها ذلك ، ويعتبر تعاقبهما بحيث يكون أحدهما جواباً عن الآخر ، فإن تقدم التماسها بقولها : طلقني بألف مثلاً اعتبر كونه جواباً على الفور بحيث لا يتخلله زمان يوجب عدم ارتباط الجواب بالسؤال ، وإن تقدم لفظه فقال : خالعتك على كذا اعتبر قبولها عقيب كلامه كذلك ، ولو قال : خلعتك على كذا ولم يتعقبه قبولها على الفور فقد صرحوا بأنّ الأظهر بطلان الطلاق لأنّ الطلاق بالعوض لم يقع لا تنفاء شرطه ، والطلاق المجرد غير مقصود بل ولا مدلول عليه باللفظ ، لأنّ الكلام لا يتمّ إلّا بآخره ، كذا أفاده السيّد السند - قدس سره - في شرح النافع .

والظاهر أنّه على هذا النهج كلام غيره من الأصحاب ، ولم أقف في النصوص على ما يدلّ عليه ، ولا يهدي بوجه من الوجوه إليه ، وغاية ما يستفاد منها أنّه إذا قالت المرأة تلك الأقوال الدالة على البغض والكراهة لزوجها حلّ له أن يخلعها . نعم في بعضها ما ربما يشير إلى ما ذكره من سؤالها ذلك . وأمّا وجوب القبول منها بعد تقدم كلامه وقوله : خلعتك على كذا وكون ذلك على الفور وإلّا طل ، فلم أقف فيه على نص .

وما ذكرنا من البغض الذي يشير إلى سؤالها هو ما رواه في الكافي^(١) عن محمد بن مسلم في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المختلعة التي تقول لزوجها : أخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك ، فقال : لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً حتّى تقول : والله لا أبرّ لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا ذنن في بيتك بغير إذنك ولا وطن فراشك غيرك ، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها ، الحديث .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٤ وفيه اختلاف يسير .

وعن أبي الصباح الكناني^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا خلع الرجل امرأته فهي واحدة بائن وهو خاطب من الخطاب، ولا يحل له أن يخلعها حتى تكون هي التي تطلب ذلك منه من غير أن يضربها، وحتى تقول: لا أبر لك قسماً ولا أغتسل لك عن جنابة ولا أدخلن بيتك من تكره ولا وطنن فراشك ولا أقيم حدود الله فيك، فإذا كان هذا منها فقد طاب له ما أخذ منها.

والرواية الأولى غير ظاهرة الدلالة، لأن الظاهر أن الكلام الأول إنما هو من السائل، وكلام الإمام عليه السلام خالٍ من ذلك.

نعم الرواية الثالثة ظاهرة في طلبها ذلك منه، لكن لدلالة فيها على أزيد من توقف المنع على طلبها ذلك مع قولها لتلك الأقوال القبيحة، وللدلالة فيها على وقوع الخلع على أثر هذا القول، بحيث لا يفصل بينهما بزمان، بل الظاهر إنما هو خلاف ذلك، بمعنى أن صحة الخلع متوقف على طلبها ذلك وقولها تلك الأقوال، وحينئذ فيحل خلعها سواء كان في ذلك المجلس أو غيره وفي ذلك اليوم أو بعده، هذا ظاهر الخبر المذكور.

وكذا ظاهر الخبر الأول لو فرضنا ذلك الكلام الأول من كلامه عليه السلام يرجع إلى هذا الخبر، ولم أقف على غيرهما مما يتعلق بهذا الكلام الذي ذكره وظاهر كلامه أنهم بنوا الأمر فيما ذكره على ما صرحوا به من أن الخلع من قبيل المعاضات... إلى آخر ما تقدم، وهو من التعليقات الاعتبارية التي لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية.

الثاني: اختلف الأصحاب - رضوان الله عليهم - في صيغة الخلع إذا وقعت بلفظ الخلع من الصيغ المتقدمة ونحوها هل يجب اتباعها بلفظ الطلاق، أم تكفي وحدها؟ قولان.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٦ وفيه اختلاف يسير.

وإلى الثاني ذهب المرتضى - رضي الله عنه - في المسائل الناصرية فقال :
 إن الخلع إذا تجرد عن لفظ الطلاق بآت به المرأة وجرى مجرى الطلاق. ونحوه
 قال ابن الجنيّد، حيث صرح بأنّه ليس عليه أن يقول : قد طلقك إذا قال : قد
 خالعتك. وإلى هذا القول مال العلامة في المختلف والتحرير والشهيد في شرح
 الارشاد ، ونقله في المختلف عن ظاهر الشيخ المفيد والصدوق وابن أبي عقيل وسائر
 وابن حمزة ، واعتمده السيّد السند في شرح النافع وقبله جده ، و الظاهر أنّه
 المشهور ، و إلى الأول ذهب الشيخ في كتابي الأخبار ، و تبعه ابن البرّاج في
 المهذب وابن إدريس ، وهو الظاهر من كلام أبي الصلاح ، واختاره الشهيد في اللمعة .
 و ظاهر المحقق في كتابيه التوقف في المسألة، حيث إنّه قال في الشرائع
 وهل تقع مجردة المردى نعم ، وقال الشيخ : لا تقع حتّى تتبع بالطلاق. ونحوه في
 المختصر حيث قال : وهل يقع بمجرده ، قال علم الهدى : نعم ، وقال الشيخ : لا ، حتّى
 يتبع بالطلاق ، انتهى .

وأنت خير بأنّ اقتصاره على مجرد نقل القولين كما في المختصر أو نسبة
 أحدهما إلى الرواية كما في الشرائع ظاهر فيما قلناه .

والأصل في هذا الاختلاف اختلاف الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام في هذا المقام
 فالواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ، ثمّ الكلام فيها بما وفق الله
 سبحانه لفهمه منها ببركة أهل الذّكر عليهم الصلاة والسلام .

فمن الأخبار الدالة على القول الثاني ما رواه الصدوق ^(١) في الصحيح عن
 حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة المختلعة عدة المطلقة ، وخلعها
 طلاقها ، وهي تجزي من غير أن يسمى طلاقاً ^(٢) .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ ح ٤ .

(٢) أقول : ما دلت عليه هذه الرواية من اشتراط كون الخلع عند السلطان مذهب ابن
 الجنيّد ، والمشهور بين أصحابنا خلافه ، والرواية المذكورة حملها العلامة - رحمه الله
 عليه - في المختلف على الاستحباب ، وهو جيد (منه - رحمه الله -) .

وما رواه الشيخ ^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا يكون الخلع حتى تقول : لا أطيع لك أمراً ولا أبر لك قسماً ولا أقيم لك حداً فخذ مني وطلقني فإذا قالت ذلك فقد حل له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير، ولا يكون ذلك إلا عند سلطان ، فإذا فعلت ذلك فهي أملك بنفسها من غير أن يسمى طلاقاً. وعن سليمان بن خالد ^(٢) في الصحيح قال : قلت : أرايت إن هو طلقها بعدما خلعها ، أيجوز عليها؟ قال : قال : لم يطلقها وقد كفاه الخلع ؟ ولو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها .

وعن محمد بن إسماعيل بن بزيع ^(٣) في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك ؟ أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ فقال : تبين منه ، وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت ، فقلت : إنّه قد روي أنّه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق ، قال : ليس ذلك إذا خلعا ، فقلت : تبين منه؟ قال : نعم .

ومارواه في الكافي ^(٤) عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تباري زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه ؟ فقال : أمّا إذا كان على ما ذكرت فنعم ، قال : قلت : قد روي لنا أنّها من لا تبين منه يتبعها بالطلاق ، قال : فليس تلك إذا خلعا فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٣ ح ١٠ وص ٤٩٥ ب ٤ ح ٥ وفيهما «تراضيا عليه» .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٩٩ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٨ وفيهما «قال يطلقها» ولم نجز طلاقاً .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٩ وفيهما اختلاف يسير .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٩ وفيهما اختلاف يسير .

وَأَمَّا مَا يَدُلُّ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ فَمِنْهَا مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِي ^(١) عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : قَالَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ : الْمَخْتَلَعَةُ يَتَّبِعُهَا بِالطَّلَاقِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ .

قِيلَ : ^(٢) الْمُرَادُ بِالْعِدَّةِ هُنَا عِدَّةُ الطَّهَرِ ، أَيْ لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ الْخُلْعِ قَبْلَ الطَّلَاقِ لَمْ يَجْزِ بَلَّ يَنْتَظِرُ الطَّهَرَ .

وَمَا رَوَاهُ الشَّيْخُ فِي التَّهْذِيبِ ^(٣) عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ : الْمَخْتَلَعَةُ يَتَّبِعُهَا الطَّلَاقُ مَا دَامَتْ فِي عِدَّتِهَا .

هَذَا مَا حَضَرَنِي مِنْ أَخْبَارِ الْمَسْأَلَةِ الْمَذْكُورَةِ .

قَالَ ثِقَةُ الْإِسْلَامِ فِي الْكَافِي ^(٤) : حَمِيدُ بْنُ زِيَادٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ أَنَّ جَمِيلًا شَهِدَ بَعْضَ أَصْحَابِنَا وَقَدْ أَرَادَ أَنْ يَخْلَعَ ابْنَتَهُ مِنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا ، فَقَالَ جَمِيلٌ : مَا تَقُولُ؟ رَضِيتَ بِهَذَا الَّذِي أَخَذْتَ وَتَرَكَتَهَا؟ فَقَالَ : نَعَمْ ، فَقَالَ لَهُمْ جَمِيلٌ : قَوْمُوا ، فَقَالُوا : يَا أَبَا عَلِيٍّ لَيْسَ تَرِيدُ يَتَّبِعُهَا بِالطَّلَاقِ؟ فَقَالَ : لَا ، قَالَ : وَكَانَ جَعْفَرُ بْنُ سَمَاعَةَ يَقُولُ : يَتَّبِعُهَا الطَّلَاقُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَيَحْتَجُّ بِرِوَايَةِ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنِ الْعَبْدِ الصَّالِحِ ... فَقُلْتُ الرِّوَايَةَ كَمَا قَدِمْنَا .

وَقَالَ الشَّيْخُ فِي التَّهْذِيبِ ^(٥) : الَّذِي اعْتَمَدَهُ فِي هَذَا الْبَابِ وَافَقْتِي بِهِ أَنَّ الْمَخْتَلَعَةَ لَا يَدُّ فِيهَا مَنْ أَنْ تَتَّبِعَ بِالطَّلَاقِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ جَعْفَرِ بْنِ سَمَاعَةَ وَالْحَسَنِ بْنِ سَمَاعَةَ وَعَلِيٍّ

(١) الْكَافِي ج ٦ ص ١٤١ ذَيْلُ ج ٩ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٤٩٠ ب ٣ ح ١ وَفِيهِمَا «يَتَّبِعُهَا الطَّلَاق» .

(٢) الْقَائِلُ هُوَ صَاحِبُ الْوَسَائِلِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - .

(٣) التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ٩٧ ح ٨ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٥ وَفِيهِ «مَا دَامَتْ فِي عِدَّة» .

(٤) الْكَافِي ج ٦ ص ١٤١ ح ٩ وَفِيهِ اخْتِلَافٌ يَسِيرٌ .

(٥) التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ٩٧ .

ابن رباط وابن حذيفة من المتقدمين ، ومذهب علي بن الحسين من المتأخرين ^(١) - إلى أن قال : - واستدل من ذهب إليه من أصحابنا المتقدمين بقول أبي عبد الله عليه السلام : لو كان الأمر إلينا لم نجز إطلاق السنة .

واستدل الحسن بن سماعة وغيره بأن قالوا : أنه قد تقرر أنه لا يقع الطلاق بشرط ، والخلع من شرطه ، وأن يقول الرجل : إن رجعت فيما بذلت فأنا أملك ببضعك ، وهذا شرط ، فينبغي أن لا يقع به فرقة .

واستدل أيضاً ابن سماعة بما رواه عن الحسن بن أيوب عن ابن بكير عن عبيد بن زرارة ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ما سمعت مني يشبه قول الناس فيه التقيّة ، وما سمعت مني لا يشبه قول الناس فلا تقيّة فيه .

ثم حمل ما خالف ذلك مما يدل على أنه لا يحتاج إلى أن يتبع بطلاق على التقيّة لموافقتها لمذاهب العامة .

قال السيّد السند - قدس سره - في شرح النافع بعد أن نقل عن الشيخ العمل برواية موسى بن بكر المتقدمة ، وأنه أجاب عن الأخبار المتقدمة بالحمل على التقيّة لأنها موافقة لمذهب العامة مالم يظهروا : وهذا الحمل إنما يتم مع تعارض الروايات وتكافؤها من حيث السند ، والأمر هنا ليس كذلك ، فإن الأخبار المتقدمة مع صحتها وسلامة أسانيدها مستفيضة جداً ، وما احتج به الشيخ رواية واحدة ورواها موسى بن بكر ، وهو واقفي غير موثق ، فكيف يعمل بروايته ويتركها الأخبار الصحيحة الدالة على خلافه ؟

(١) وقال بعد قوله من المتأخرين : وأما الباقيون من فقهاء أصحابنا المتقدمين فلست أعرف لهم فتياً في العمل به ، ولم ينقل عنهم أكثر من الروايات التي ذكرناها وأمثالها ، ويجوز أن يكونوا رووها على الوجه الذي نذكر فيما بعد ، وإن كان قتيابهم وعملهم على ما قلناه ، انتهى (منه - قدس سره) .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٧ وفيه « ما سمعته مني » .

ما هذا إلا عجب من الشيخ ^(١) ، ومع ذلك فهذه الرواية متروكة الظاهر لتضمنها أن "المختلفة يتبعها بالطلاق ما دامت في العدة ، والشيخ لا يقول بذلك ، بل يعتبر وقوع الطلاق بعد تلك الصيغة بغير فصل ، فما تدل عليه الرواية لا يقول به ، وما يقول به لا تدل عليه الرواية ، انتهى .

أقول: أمّا ما اعترض به من الوجه الأول فهو غير موجه كما أسلفنا لك تحقيقه في غير موضع مما تقدم من الشيخ وأمثاله من المتقدمين الذين لأن أثر لهذا الاصطلاح عندهم ، وأن "جميع الأخبار المروية في الأصول المعتمدة كلها صحيحة إلا ما استثنى مما نبهوا عليه ، وصحة الأخبار عندهم ليست بالأسانيد كما عليه اصطلاح المتأخرين ، وإثما هو بالمتون ، وما دلت عليه الأخبار بموافقته للكتاب والسنة وروايته في الأصول المعتمدة وبحوزك ، ولا ريب أنه على هذا التقدير من الحكم بصحة جميع هذه الروايات ، فإنه مع اختلافها يجب الجمع بينها ، ومن القواعد المقررة عن أصحاب العصمة عليهم السلام وإن ألغوها وضربوا عنها صفحاً في جميع المواضع عرض الأخبار عند الاختلاف على مذهب العامة ، والأخذ بخلافه ، وقد استفاضت بذلك الأخبار ، ويؤكدها الحديث المنقول هنا في كلام الشيخ ، وهو خبر عبيد ابن زرارة ، وتلك الأخبار الكثيرة موافقة لمذهب العامة ، وحينئذٍ فيجب حملها على التقية ، عملاً بالقاعدة المذكورة ، وكثرتها وصحة أسانيدها لا ينافي حملها على التقية إن لم يؤكد .

وبالجملة فإن "كلام هذا الفاضل إنما يتمشئ ويتم بناءً على هذا الاصطلاح المحدث الذي بنوا عليه ، وأمّا على مذهب المتقدمين فلا ، كما هو ظاهر لكل ناظر ، وبذلك يظهر لك أن تعجبه من الشيخ - رحمة الله عليه - مقلوب عليه .

نعم ما ذكره من الوجه الثاني متبجح ، إلا أن الظاهر من كلام صاحب

(١) أقول: وأعجب من ذلك ما يوجب ذلك وهل هو إلا رد لأخبارهم عليهم السلام المستفيضة بذلك ، نعوذ بالله من زلات الأقدام وهفوات الأقلام . (منه - قدس سره) .

الكافي ونقله ذلك أيضاً عن جعفر بن سماعة أن "الطلاق الذي يوجبونه بعد الخلع لا يشترطون فيه ما ذكره الشيخ وأتباعه من إلحاقه بالصيغة ، بل يكفي بوقوعه في العدة أي" وقت كان ، وهذا إشكال آخر في المسألة أيضاً ، وظاهر كلام الشيخين المتقدمين أن" هذا الاختلاف الذي دلت عليه هذه الأخبار كان موجوداً بين أصحاب الأئمة عليهم السلام ، وأن" بعضهم مثل جميل كان يقول بعدم وجوبه ، والاكتفاء بمجرد صيغة الخلع ، وتلك الجماعة الذين ذكرهم الشيخ يقولون بوجوب ذلك .

وبالجملة فالظاهر أنه إن ثبت أن" مذهب العامة الاقتصار على صيغة الخلع كما ادعاه الشيخ و ابن سماعة فحمل تلك الأخبار على التقيّة غير بعيد ، إلا أن" الظاهر من صحيحة سليمان بن خالد^(١) المتقدمة إنما هو العكس ، فإنه عليه السلام بعد أن أفتى بالاكتفاء بمجرد الخلع وأنه لا ضرورة إلى الاتباع بالطلاق قال "ولو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها" فإنه ظاهر كما ترى في أن" الاتباع بالطلاق إنما أجازوه تقيّة ، ولو كان الأمر رجوع إليهم لم يجزوا الطلاق هنا ، بل اكتفوا بالخلع ، وكيف كان فالمسألة عندي لا تخلو من شوب الاشكال ، وللتوقف فيها مجال ، والله العالم بحقيقة الحال .

ثم "إنه لا يخفى أن" ما اشتملت عليه حديث [رواية] جميل المتقدمة نقله عن الكافي من الاكتفاء في وقوع الخلع بالسؤال من الزوج بقوله "رضيت بهذا الذي أخذت وتركتها؟ فقال : نعم" أظهر ظاهر في دفع ما ذكره أصحابنا - رضوان الله عليهم - في هذا المقام من الشروط في الصيغة ، و وجوب سؤال المرأة أولاً الخلع أو قبولها بعده ، ونحو ذلك ، وأن" دائرة الأمر في هذا العقد وغيره أوسع من ذلك مضافاً إلى إطلاق الأخبار الواردة في المسألة حيث لا إشعار في شيء منها بما

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٩ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٨ .

ذكره (١).

وبذلك يظهر لك ما في قولهم إن حقيقة الخلع هو قول الزوج ذلك مع سؤال المرأة أو قبولها ، لأن السبب لا يتم إلا بهما فيكون مرغباً منهما .
قالوا: ويمكن أن يكون سؤالها شرطاً في صحته ، فإن فيه أن غاية ما يفهم من أخبار المسألة أنه لا بد من تحقق ذلك من المرأة ، وأما أنه يجب حال الصيغة وقول الزوج خلعتك على كذا مقدماً أو مؤخراً بحيث تكون الصيغة الموجهة للخلع مرغبة منهما أو أنه شرط في الصحة فلا دليل عليه بوجه كما أسلفنا ذكره في الموضع الأول .

الثالث : أنه على تقدير الاجتزاء بلفظ الخلع من غير إتيان له بالطلاق هل يكون ذلك فسخاً أو طلاقاً ؟ المرتضى - رحمه الله عليه - والأكثر على الثاني ، والشيخ على الأول .

والأظهر ما ذهب إليه الأكثر للنصوص الصريحة فيه كقوله عليه السلام في صحيحة الحلبي (٢) المتقدمة «وخلعها طلاقاً» . وقول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة الحلبي أو

(١) بل الظاهر منها إنما هو حصول ذلك مجرداً من مثل هذا الكلام ، مثل صحيحة الحلبي أو حسنة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المختلعة لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها: والله لا أبر لك قسماً ولا أطيع لك أمراً - إلى أن قال : - فإذا قالت المرأة ذلك حل له ما أخذ منها ، فكانت هذه على تطليقتين باقيتين ، وكان الخلع تطليقة ، وقد يكون الكلام من عندها وظاهرها أنه بمجرد هذا القول الموجب للكراهة وبذلك ما اتفق عليه يحل ذلك له ، ويحصل الخلع بمجرد ذلك من غير صيغة في البين أزيد مما وقع ، وعلى هذا النهج ما في أمثال هذه الرواية من روايات المسألة كما لا يخفى على المتأمل فيها ، ولا ينافي ذلك قوله في صدر الرواية «المختلعة لا يحل خلعها حتى تقول . . . الخ» إذ لا إشعار فيه بالصيغة الخاصة ، بل المراد منه الحكم إنما هو أن المرأة التي تريد فراقها باتناً وهي المسماة شرعاً بالمختلعة لا يحل فراقها على هذا النحو المخصوص إلا بعد القول المذكور .
(منه - قدس سره -)

(٢) الوسائل ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ ح ٤ .

حسنه^(١) «فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل» له ما أخذ منها، وكانت عنده على تطليقتين باقيتين، وكان الخلع تطليقة». وقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم أو حسنه^(٢) «فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل» له ما أخذ منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بذلك، الخبر.

وفي خبر أبي الصباح الكناني^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «إذا خلع الرجل امرأته فهي واحدة بائن، وهو خاطب من الخطاب».

وفي رواية أبي بصير^(٤) عنه عليه السلام «فإذا قالت المرأة لزوجها ذلك حل» خلعها وحل لزوجها ما أخذ منها، وكانت عنده على تطليقتين باقيتين، وكان الخلع تطليقة، إلى غير ذلك من الأخبار، وهي كما ترى صريحة في المراد عارية عن وصمة الإيراد. احتج في المختلف للشيخ وأتباعه بأنها فرقة عريت عن صريح الطلاق ونسبته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ، ثم أجاب عنه بأن لاستبعاد في مساوئه للطلاق، وقد دل الحديث عليه فيجب المصير إليه، انتهى.

وبالجملة فإنه لا ريب في ضعف القول المذكور بعدما عرفت من تكاثر الأخبار بالقول الآخر، ويتفرع على القولين عد الخلع في الطلقات المحرمة وعدمه، فعلى القول بأنه فسخ لا يعد منها أو يجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج إلى محلل في الثلاث، وعلى القول بأنه طلاق تترتب عليه أحكام الطلاق، وهذا هو المستفاد من الأخبار المتقدمة الدالة على كونها عنده بعد الخلع على تطليقتين باقيتين، وأن الخلع تطليقة.

-
- (١) الكافي ج ٦ ص ١٣٩ ح ١ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ ح ٢.
 (٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩١ ب ٣ ح ٣ وفيهما اختلاف يسير.
 (٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٦ وفيهما اختلاف يسير.
 (٤) الكافي ج ٦ ص ١٤١ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ٩٦ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٩ ب ١ ح ٧.

الرابع : اعلم أنه قد تكرر في كلام الأصحاب - رضوان الله عليهم - ذكر طلاق الفدية والطلاق بعوض ، وأنه تقع به البيئونة كما تقع بالخلع ، ولم أقف في الأخبار على أثر لهذا الفرد ، والموجود فيها إنما هو الخلع والمباراة .

إلا أن ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف إلا من شيخنا الشهيد الثاني أنه هذا الفرد الذي ذكره لا يخرج عن الخلع أو المباراة ، فهو أمر كلي شامل لكل منهما ، فهو أعم من كل منهما ، وليس بخارج عنهما ، بل هو منحصر فيهما لا وجود له في مادة غيرهما لاشتراطه بالكراهة المشترطة فيهما ، فإن كانت من الزوجة خاصة فهو خلع ، وإن كانت منهما معاً فهو مباراة ، ولما كان أعم من كل منهما فهو لا ينصرف إلى واحد منهما إلا بالنسبة و القصد واجتماع شرائط ذلك المقصود ، فحيث يطلق فإن قصد به الخلع واجتمعت شرائطه وقع خلعاً ، وإن قصد به المباراة واجتمعت شرائطها وقع مباراة ، ومع الإطلاق يقع البيئونة به ويجوز انصرافه إلى ما اجتمع شرائطه منهما ، ولو انتفت شروط كل منهما كما لو انتفت الكراهة بالكليّة فهل يقع باطلاً من أصله أوصحيحاً رجعيّاً؟ قولان ، يأتي الكلام فيهما إن شاء الله تعالى .

ولم تقف على خلاف لما ذكرناه في كلام الأصحاب إلا لشيخنا المتقدم ذكره ، فإنه ذهب إلى أن الطلاق بعوض - وهو طلاق الفدية - خارج عن الخلع والمباراة لاشتراطهما بالكراهة وعدم اشتراطه بهما ، فعنده تحصل البيئونة وإن لم يكن ثمة كراهة . ولم يسبق إليه غيره سابق ولا لحقه فيه لاحق من أصحابنا - رضوان الله عليهم - و ادعى دلالة الأخبار عليه ، مع أنها في الدلالة على خلافه أوضح ، ويأتي على قوله المذكور أن الطلاق بعوض من غير كراهة بالكليّة تقع به البيئونة وقد صرح بما ذكرناه عنه في غير موضع من شرحه المسالك .

و في شرح اللمعة قال - قدس سره - في شرح قول المصنّف في الشرائع « ويقع الطلاق من الفدية بائناً وإن انفرد عن لفظة الخلع » ما صورته : إذا وقع

الطلاق مع الفدية به سواء كان بلفظ الخلع وقلنا إنّه طلاق أو أتبع به أو بلفظ الطلاق وجعله بعوض فإنّه يقع بائناً لا رجعيّاً للنصوص الدالة عليه ، وقد تقدم بعضها . إلى أن قال : - واعلم أنّه مع اشتراك الخلع والطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بأنّ " الخلع مختص " بحال كراهة الزوجة له خاصّة كما انفردت المباراة بكون الكراهة منهما ، واشترط كون العوض بقدر ما وصل إليها ، بخلاف الطلاق بالعوض فإنّه لا يشترط فيه شيء من ذلك ، وقال أيضاً في شرح قول المصنّف في الشرائع " فلو خالعهما والأخلاق ملتزمة لم يصح " الخلع ولا يملك الفدية به . ولو طلقها والحال هذه بعوض لم يملك العوض وصح " الطلاق وله الرجعة " ما لفظه : أما بطلان الخلع فلما تقدم من اشتراط صحته بكراهته له ، فبدون الكراهة يقع باطلاً لفقد شرطه . وأما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنّف والجماعة كونه كذلك لا اشتراكهما في المعنى - إلى أن قال : - وهذا إن كان إجماعاً فهو الحجة ، وإلا فلا يخلو من إشكال ، لأنّ النصوص إنّما دلّت على توقف الخلع على الكراهة ، فظاهر حال الطلاق بعوض أنّه مغاير له وإن شاركه في بعض الأحكام ، انتهى .

وقال في مبحث المباراة في شرح قول المصنّف " ولو اقتصر على قوله أنت طالق بكذا صح " و كان مباراة ، إذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين ، فقال - قدس سره - بعد كلام في المقام : وظاهر كلامهم انحصاره يعني الطلاق بعوض فيهما يعني الخلع والمباراة ، واعتبار مراعاة الحال فيه ، وعندني فيه نظر ، وقد تقدم الكلام على مثله في الخلع ، ولو قيل بصحته مطلقاً حيث لا يقصد به أحدهما كان وجهاً لعموم الأدلة على جواز الطلاق مطلقاً وعدم وجود ما ينافي ذلك في خصوص البائن ، انتهى .

وقال في الروضة : ولو أتى بالطلاق مع العوض فقال أنت طالق على كذا مع سؤالها أو قبولها بعده كذلك أغنى عن لفظ الخلع وأفاد فائدته ولم يفتر إلى ما يفتر إليه الخلع من كراهتها له خاصّة ، لأنّه طلاق بعوض لا خلع ، انتهى .

أقول - وبالله تعالى التفهيم لنيل كل مقصود ومأمول - : إن ما ذكره
- قدس سره - في هذا المقام منظور فيه من وجوه :
الأول : قوله عز وجل «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن
يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما
افتدت به ، (١) .

والتقريب في الآية المذكورة أنها صريحة الدلالة واضحة المقالة في عدم
حل أخذ الفدية من المرأة إلا مع خوف عدم إقامة حدود الله سبحانه ، بأن يظهر
لزوجها ما يدل على البغض والكراهة والنفرة منه ، وأنه إن لم يطلقها ارتكبت
في حقها تلك الأفعال المحرمة كما سيأتي ذكرها في الأخبار الآتية إن شاء الله
تعالى ، وقضية ذلك أنه لا يجوز للزوج أخذ الفدية في الطلاق بعوض كالخلع إلا
مع الكراهة ، و مع عدمها فلا يحل شيء من ذلك ، ولا يقع الطلاق بائناً كما
سيأتي التصريح به في النصوص أيضاً .

ولو قيل بأن الآية مفسرة في الأخبار بالخلع وأنه السبب في نزولها فلا
تتناول الطلاق بعوض .

قلنا : قد عرفت فيما تقدم أن الرواية الدالة على سبب النزول إنما هي من
طريق العامة ، فلا تقوم حجة ، ومع تسليم ورودها من طرقنا لا تدل على الاختصاص
إذ العبرة بعموم اللفظ ، وإن كان الخلع أحد من أفرادها ، ولا ريب في دخول
المباراة تحت الآية المذكورة ، بل ظهور الآية فيها أقوى لما تضمنته من إسناد عدم
إقامة الحدود إليهما معاً ، وذلك إنما هو من شروط المباراة ، ومن ثم حملها المحقق
الأردبيلي في آيات الأحكام على المباراة خاصة ، وهو وإن كان له وجه إلا أن
كلام جملة المفسرين وتوثيقه الأخبار على عدم .

وبالجملة فالنظر في الآية إلى عموم اللفظ ، والاستدلال إنما وقع من هذه

الجهة وهي مما لا ريب فيه ولا إشكال يعتريه، والتخصيص يحتاج إلى دليل وليس فليس.
الثاني: الأخبار الدالة على أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من الزوجة شيئاً
إلا أن تتعدى عليه بذلك الكلام القبيح الدال على كراهتها له، وأنها لا تبين منه
إلا إذا كان أخذ الفدية على هذا الوجه.

ومنها صحيحة محمد بن مسلم^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا قالت المرأة
لزوجها جملة ولا أطيع لك أمراً، مفسرة أو غير مفسرة حلّ لها أخذ منها، وليس
له عليها رجعة، ذلك الرواية بمفهوم الشرط الذي هو حجة عند المحققين، وعليه
ذلك الأخبار على أنه مع عدم القول المذكور الدال على الكراهة لا يحل له أخذ
شيء منها، وله الرجعة عليها، وهو المطلوب.

الثالث: عدم الدليل على ما ذكره، وهو دليل عدم كما تقرر في كلامهم
لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً إلا ما قام الدليل فيه على البينونة به،
ولادليل هنا على ثبوت البينونة بهذا الطلاق المجرد عن الكراهة وإن بذلت له مالا
بل إما أن يقع باطلاً من أصله كما هو أحد القولين أو رجعيّاً كما هو القول
الآخر، والأخبار الدالة على البينونة في هذا المقام منحصرة في الخلع والمباراة
ولم يصرح في شيء منها بطلاق الفدية ولا طلاق العوض الذي هو محل البحث كما
توهمه من دلالة الأخبار على هذا الفرد، فإنه لا وجود لهذه التسمية في الأخبار
بالكلية.

نعم لما كان المعتبر في الخلع والمباراة بعد اجتماع شرائط كل منهما ما
يدل من الألفاظ على المعنى الذي يدل عليه أحد ذينك اللفظين من غير اختصاص
بهما جوزنا لفظ الطلاق في كل منهما، فكما يقع الخلع بقوله خلعتك على كذا
كذلك بقوله طلقتك على كذا، وهكذا في المباراة، وقد مر إلى ذلك الإشارة بما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤١ ح ٦، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ٩٧ ح ٧،

الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ ح ١.

قدمناه من أن طلاق الفدية أعم من كل منهما لأنه فرد برأسه خارج عنهما كما توهّمه - قدس سره - .

الرابع : عبارات الأصحاب في هذا الباب، فإنها متفقة النظام واضحة الانسجام على تخصيص البيونة^(١) وحل الفدية بالكراهة ، وأنه مع عدمها فلا تحل الفدية ولاتبين منه .

ومنها عبارة المحقق في الشرائع المتقدمة قريباً ، ونحوها عبارة العلامة في القواعد حيث قال : ولو خالها والأخلاق ملتزمة لم يصح الخلع ولم يملك الفدية ولو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه ، ووقع رجعيّاً . ونحوه في التحرير والإرشاد والتلخيص .

وقال في كتاب نهج الحق وكشف الصدق : ذهبت الإمامية إلى أنه إذا كانت الأخلاق ملتزمة بين الزوجين والحال عامرة ، فبذلت له شيئاً على طلاقها لم يحل له أخذه ، وخالف أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد ، وقد خالفوا قول الله تعالى «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافاً ألا يقيما حدود الله» وقد قال تعالى «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» انتهى .

وقد صرح ابن إدريس في تفسيره المنتخب من تفسير الشيخ - طاب ثراهما - بعدم جواز أخذ الفدية بدون خوف عدم إقامة الحدود مطلقاً .

وقال في كتاب الحاوي : واعلم أن المدار في جواز الفراق بالفدية على كراهة الزوجة منفردة أو مجامعة ، فإن انفردت بها جازت الزيادة على المهر ، وصح - على قول - تجرد صيغة الخلع عن الطلاق ، وسمي خلعا وإن يتلفظ به،

(١) بمعنى أن الطلاق من حيث هو لا يوجب البيونة إلا بانضمام أمر من خارج ، وإلا فإنه متى طلق فله الرجوع ما لم تخرج من العدة لأنها تلك المدة باقية على حكم الزوجية ، وهذه قاعدة مسلمة متفق عليها نصاً وفتوى . (منه - قدس سره -).

وإن كانت من الزوجين لم يجز الزيادة وتعيّنت صيغته المباراة ، وسمّي مباراة وإن لم يتلفظ بها أو طلق بزائد على المهر وقعت البينونة ولم تلزم الزيادة ، فإن انفرد بها الزوج أو كانت الأخلاق ملتزمة حرمت الفدية وكان الطلاق رجعيّاً ، انتهى . وقال الشيخ جمال الدين الشيخ أحمد بن عبد الله بن المتوج البحراني - عطر الله مرقدّه ^(١) - في كتاب آيات أحكام القرآن : وأما الطلاق بفدية وهو أن تقول الزوجة للزوج : طلقني على كذا ، فيقول هو على الفور : فلاّنة على كذا طالق ، وهذا إن وقع في حال الكراهة منها فلفظه لفظ طلاق الفدية ومعناه خلع يحلّ له أخذ ما بذلته من غير حد ، وإن وقع في حال يكون الكراهة منهما فلفظه لفظ طلاق الفدية معناه المباراة ، فلا يحلّ له أن يتجاوز في الفدية قدر ما وصل إليها ، انتهى . وهذه العبارة كما ترى صريحة فيما قدمناه من أن طلاق الفدية لا يخرج عن الخلع والمباراة بل هو أعمّ من كلّ منهما ، ولا وجود له في غيرهما . وقال الشهيد في شرح اللمعة : ولا يصلح إلّا مع كراهتها ، ولولم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعيّاً ، انتهى .

وبالجملة فإنّ كلّ من تعرض للمسألة فإنّه لم يذكره إلّا على هذا الوجه الذي ذكرناه .

الخامس : اتفاق الأصحاب ظاهراً على أن الطلاق بعوض تتعلّق به أحكام الخلع ، وقد اعترف - قدس سره - بذلك فيما قدمناه من عبارته المذكورة في مبحث المباراة من قوله وظاهر كلامهم انحصاره يعني الطلاق بعوض فيهما يعني الخلع والمباراة ، واعتبار مراعاة الحال فيه .

وحينئذٍ فإنّما أن يكون لدليل أو نصّ يدلّ على مساواة الطلاق بعوض الخلع في جميع أحكامه ولكونه فرداً من أفراد مندرجاً أعماده ، فيكون خلعاً بعينه ،

(١) وكان هذا الشيخ - قدس سره - من أفاضل تلامذة فخر المحققين ابن العلامة ، وقبره

الآن موجود في جزيرة البحرين . (منه - قدس سره -) .

والأول منتفٍ ، فإنما بعد التتبع التام* للأخبار لم نقف فيها على الطلاق بعوض وطلاق الفدية والتسمية بهذا الاسم بالكليّة فضلاً عن الدلالة على أن* حكمه حكم الخلع أو أنه أمر خارج عنه مشارك له ، وإنما وقعت هذه التسمية في كلام الأصحاب خاصّة ، وحينئذٍ فيتعيّن الثاني ، ووقوع هذه التسمية من الأصحاب وقعت تفريعاً على أنه لا يتعيّن في الخلع الاقتصار على هذه المادة ، بل كلما أفاد مفادها من لفظ الطلاق وغيره يقع الخلع به بعد استجماع شرائطه كما تقدم تحقيقه .

السادس : تصريح بحلّة من الأصحاب بعد* طلاق الفدية من الخلع كالشيخ في المبسوط ، حيث قسم الخلع إلى واقع بصريح الطلاق وإلى واقع بغيره ، وجعل الأول طلاقاً وخلعاً ، وجعل الخلاف في الثاني هل هو طلاق أم فسخ؟ قال : وأما إذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقاً بلا خلاف .

وقال العلامة في الارشاد : والصيغة وهي : خلعتك على كذا وأنت أو فلانة مختلفة على كذا وأنت طالق على كذا ، ونحوه في القواعد والتحرير .

وقال سبطه السيّد السند في شرح النافع : إن* الطلاق بعوض من أقسام الخلع كما صرح به المتقدمون والمتأخرون من الأصحاب - ثم* قال ولنعلم ما قال :- وما ذكره جدي في الروضة والمسالك من أن* الطلاق بعوض لا يعتبر فيه كراهة الزوجة بخلاف الخلع - غير جيّد لأنّه مخالف لمقتضى الأدلّة وفتوى الأصحاب ، فإنما لا نعلم له في ذلك موافقاً ، انتهى .

السابع : ما ذكره في المسالك في شرح قول المصنّف «يقع الطلاق مع الفدية بائناً ... إلخ» من قوله «فإنّه يقع بائناً لارجعياً للنصوص الدالة عليه» . فإن* فيه أنه إن أراد بالنصوص هي نصوص الخلع كما يشير إليه قوله «وقد تقدم بعضها» فهو جيّد ، ولادلالة فيه على ما يدعيه ، فإن* دخول الطلاق بالفدية تحت الخلع وإجراء أحكام الخلع عليه مع استجماع شرائطه إنما هو لكونه خلعاً لا لكونه طلاقاً بالفدية ، فإنما لا فشرطي في الخلع الاثبات بهذه الصيغة بخصوصها بل كلما

جرى مجراها ، ومن بجلته لفظ الطلاق .

وإن أراد بالنصوص المذكورة ما صرح به في بحث المباراة من قوله لعدم الأدلة على جواز الطلاق مطلقاً فهو محل بحث ونظر ، إذ لا يخفى على الحاذق اللبيب والموفق المصيب أن غاية ما تدل عليه أخبار الطلاق هو جوازه وصحته في الجملة .

وأما أنه كالخلع والمباراة في كونه بائناً ويملك الزوج فيه الفدية فلا دلالة لها بوجه إن لم تكن بالدلالة على خلافه أنسب وإلى ما ذكرناه أقرب ، لأن الطلاق من حيث هو لا يقتضي البينونة بمجردة ، بل مقتضاه هو جواز الرجوع مالم تخرج من العدة ، لامتداد حكم الزوجية وبقائه إلى ذلك الوقت ، والبينونة ونحوها إنما عرض له بأسباب زائدة على مجرد الطلاق .

وبالجملة فإن كلامه - قدس سره - في هذا المقام من أفحش الأدهام ، والعجب من جملة ممّن عاصروا من علماء العراق حيث اعترفوا بما ذكره قدس سره - في هذه المسألة فجزوا على منواله وحكموا بصحة أقواله ، وطلقوا النساء وأبانونهن من أزواجهن ، وحلّلوا الفدية من غير كراهة في البين ، والله الهادي لمن يشاء .

بقي الكلام في أنه لو خلا - الطلاق بعوض - عن الكراهة ، فعلى المشهور من عدم حصول البينونة به كما ادعاه شيخنا المتقدم ذكره ، فهل يكون صحيحاً رجعيّاً أو باطلاً من أصله ؟ قولان ، الظاهر أن المشهور الأول ، وبه صرح جملة ممّن قدمنا كلامه كالمحقق والعلامة في جملة من كتبه ، والشيخ منتجب الدين في كتاب الحاوي .

وبالثاني صرح السيّد السند في شرح النافع وعلمه بأن الطلاق الرجعي غير مقصود ولا مدلول عليه باللفظ ، إنما المقصود من لفظ الطلاق البائن ، لأن الكلام إنما يتم بآخره ، والغرض إنما تعلق بذلك الطلاق الخاص ، ولم يتم ، فلا يتجه

صحّة طلاق آخر. وبالجمله فما وقع غير مقصود، وما قصد غير صحيح ولا واقع والعقود بالقصود. وتبعه في هذا القول جملة ممن تأخّر عنه، منهم صاحب الكفاية وشيخنا الشيخ سليمان البحراني وتلميذه الوالد - قدس الله روحهما - .
والمسألة عندي موضع توقف وإشكال لعدم النص الذي به يتضح الحال، وما احتج به السيّد المذكور من الدليل، وتبعه عليه هؤلاء الأجلّاء، فهو وإن كان ممّا يتسارع إلى الفهم قبوله، إلّا أنّك قد عرفت في غير موضع ممّا تقدم ما في بناء الأحكام الشرعيّة على مثل هذه التعليقات العقلية، لاسيّما وقد ورد في جملة من النصوص ما يهدم هذه القاعدة، ويزلزل ما يترتب عليها من الفائدة، فإنّ السيّد - قدس سره - وجده قبله وتبعهما جماعة ممن تأخّر عنهما قد صرحوا بأنّ العقد المشتمل على شرط فاسد باطل من أصله، وعكّلوه بهذا التعليل من أنّ أصل العقد العاري عن الشرط غير مقصود، والقصد إنّما نوجّه للمجموع، وهو غير صحيح، فما كان مقصوداً غير صحيح، وما كان صحيحاً غير مقصود، والعقود بالقصود فيلزم بطلان العقد مع أنّنا رأينا جملة من النصوص الصحيحة الصريحة قد صرحت بصحّة العقد وبطلان الشرط، فكيف يمكن اتّخاذ ما ذكره قاعدة كليّة والحال كما ترى، والله العالم.

تذنيب

هل يجب في الكراهة المشترطة في صحّة الخلع أن تكون ذاتيّة؟ أم يصح وإن كانت عارضيّة؟ المفهوم من كلام الأصحاب كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى الثاني، والمستفاد من كلام من عاصروه من مشايخنا في بلاد البحرين هو الأول، وقد حظّرناه في غير موضع، وقد كانوا لا يوقعون الخلع إلّا بعد تحقيق الحال ومزيد الفحص والسؤال في ثبوت الكراهة الذاتية وعدم الكراهة العارضيّة، والسعي في قطع الأسباب الموجبة لكراهة التي تدعيها المرأة ليعلم كونها ذاتيّة غير عارضيّة

فإذا تحققوا ذلك و علموا أنه لا يمكن رفعها بوجه من الوجوه أو قمعوا الخلع بها، ومن الظاهر أنهم إما أخذوا ذلك من مشايخهم وأسائدهم لحضورهم مجالسهم وحلق دروسهم وسماعهم ذلك منهم مدة ملازمتهم لهم وتلمذهم عليهم .

والذي وقفت عليه بعد الفحص والتتبع لكلام الأصحاب - رضوان الله عليهم - خلاف ذلك ، فإن كلامهم ظاهر في كونها أعم من العارضية والذاتية، ولكنهم لم يصرحوا بذلك في باب وإن أشار إليه بعضهم إشارة ، إلا أنهم أوضحوا ذلك في باب الشقاق بين الزوجين في تحقيق معنى الإكراه على الفدية . وها أنا أسوق لك ما حضرني من عبايرهم وكلامهم في هذا المقام ليظهر لك صحة المناقضة لما قلناه عن أولئك الأعلام .

قال المحقق - رحمه الله - في كتابه الشرائع: ولو منعها شيئاً من حقوقها أو أغارها فبذلت له بدلاً لخلعها صح ، وليس ذلك إكراهاً .

قال شيخنا في المسالك - بعد نقل هذه العبارة - ما لفظه: المراد بالحق الذي منعها إمتهاء فبذلت له الفدية لأجله الحق الواجب لها من القسمة والنفقة ونحوهما ، وإمتهاء لم يكن ذلك إكراهاً وإن كان محرماً لأنه أمر منك عن طلب الخلع ولا يستلزمه ، بل قد يجامع إرادة المقام معها ، وإمتهاء الباعث على تركه حقها ضعف دينه وحرصه وهيله إلى غيرها ونحو ذلك مما لا يستلزم إرادة فراقها ولا يدل عليه بوجه ، وبته بقوله « أغارها » أي تزوج عليها ، على أنه لافرق في ذلك بين ترك الحقوق الواجبة وغيرها ، لأن « إغارتها غير محرمة » وترك شيء من حقوقها الواجبة محرم ، وكلاهما لا يقتضيان الإكراه .

أما غير الحق الواجب كالتزويج عليها وترك بعض المستحبات كالجماع في غير الوقت الواجب والتسوية بينها وبين ضرائها في الاتفاق ونحوه فظاهر ، حتى لو قصد بذلك فراقها لتفتدي لنفسها لم يكن إكراهاً عليه لأن ذلك أمر سائغ . واقترائه بإرادة فراقها لا يقتضي الإكراه .

وأما تركه الحق" الواجب فلما ذكرناه من أنه بمجرد لا يدل" على
الأكراه بوجه، وكذا لو قصد بترك حقها ذلك ولم يظهر لها، أما لو أظهر لها أن
تركه لأجل البذل كان ذلك إكراهاً، وأظهر منه ما لو أكرهها على نفس البذل .

وما ذكره المصنف قول الشيخ في المبسوط : وواقعها عليه العلامة في
الارشاد، وفي التحرير نسب القول إلى الشيخ ساكتاً عليه مؤذناً بترده فيه أو
ضعفه، وفي القواعد قيد حقوقها بالمستحبة، ومفهومه أنه لو منع الواجبة كان
إكراهاً - وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط أولاً عن بعض العامة، ثم قال : -
الذي يقتضيه مذهبنا أنه ليس بإكراه وهو المعتمد . انتهى كلام شيخنا المذکور
وهو كما ترى مع كلام المصنف صريح الدلالة في أنه يكفي في صحة الخلع
الكراهة الحاصلة من مضادة الزوج بمنع النفقة أو القسمة أو حصول التزويج
عليها أو نحو ذلك من موجبات النفور والكراهة العارضة .

وظاهره في المسالك أنه لا نزاع ولا خلاف في صحة الخلع في هذا المقام
وإنما الاشكال من جهة أن ذلك يستلزم الإكراه على الفدية أم لا ؟ والذي اختاره
- قدس سره - واعتمده أنه ما لم يظهر أن ترك الحقوق لأجل الفدية فليس ذلك
إكراهاً ، وحينئذ فيصح الخلع كما هو صريح عبارة المصنف .

وقال أيضاً في المسالك - في باب الخلع عند قول المصنف «ولو أكرهها
على الفدية فعل حراماً» - ما صورته : ولا يتحقق الإكراه بتفسيره في حقوقها
الواجبة لها من القسم والنفقة ، فافتدت منه لذلك على الأقوى ، إلا أن يظهر أن
ذلك طلباً لبذلها ، فيكون إكراهاً لصدق تعريفه عليه . ثم أحال ذلك على ما تقدم
في باب الشقاق ، وهو ما قدمنا نقله عنه ، وأشار بقوله «على الأقوى» إلى الرد
على ما يفهم من ظاهر عبارة القواعد ، وهو الذي نقله الشيخ في المبسوط عن بعض العامة .
وقال في شرح اللمعة في بحث النشوز : وليس له منع بعض حقوقها التبذل
له مالا ليخلها ، فإن فعل فبذلت أتم وصح قبوله ، ولم يكن إكراهاً .

وقال العلامة في التحرير : ولو منعهما بعض حقوقها أو أغارها فبذلت له مالا صح^١ وليس إكراهاً . قاله الشيخ .

وقال في القواعد : ولو منعهما شيئاً من حقوقها المستحبة أو أغارها فبذلت له مالا للخلع صح^٢ ، ولم يكن إكراهاً ، ومفهومه كما صرح به في المسالك أنه إذا منع الواجبة كان إكراهاً مبطلاً للخلع .

وقال الشيخ أمين الاسلام الطبرسي - رحمه الله - في كتاب مجمع البيان^(١) : والخلع بالفدية على ثلاثة أوجه :

(أحدها) أن تكون المرأة عجزاً أو ذميمة فيضار بها الزوج لتفتدي نفسها منه ، فهذا لا يحل له الفداء لقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن إحداهن فنظاراً »^(٢) الآية .

(الثاني) أن يرى الرجل امرأته على فاحشة ، فيضار بها لتفتدي فهذا جائز وهو معنى قوله تعالى « ولا تمضوا نكحتهم لذهبوا ما آتيتموهن » إلا أن يأتين بفاحشة مبينة^(٣) .

(الثالث) أن يخاف ألا يقيماً حدود الله ، لسوء خلق أو قلة نفقة من غير ظلم أو نحو ذلك فيجوز لهما جميعاً الفدية على ما مر تفصيله ، انتهى .

والوجه الأول في كلامه هو الإكراه على الفدية وهو المحرم ، والثاني ما استثنى من قاعدة الخلع وهو جواز الإكراه على الفدية ، والثالث هو موضوع المسألة . و ظاهر قوله « أو قلة نفقة من غير ظلم » يعطي أنه لو كان قلة النفقة بقصد الاضرار بها والظلم لها كان الخلع باطلاً ، وكان ذلك من قبيل الإكراه على الفدية وهو مطابق لظاهر عبارة القواعد كما عرفت ، وسوء الخلق المانع من إقامة الحدود كما يحتمل أن يكون من المرأة كذلك يحتمل أن يكون من الرجل

(١) مجمع البيان ج ٢ ص ٣٣٠ .

(٢) (٣) سورة النساء - آية ١٩ و ٢٠ .

بقريئة عطف قلّة النفقة عليه ، وهو أظهر ، ومعناه أن الكراهة الحاصلة لها سوء خلق الزوج أو لفقده النفقة أو نحو ذلك .

وقال العلامة في الارشاد : ولو أغارها أو منعها بعض حقوقها فبذلت مالا للخلع حلّ وليس بإكرام .

هذا ما حضرني من عبارات الأصحاب في المقام ، وكلّها متفقة النظام على صحة الخلع الناشئ عن الكراهة العارضة من غير نقل خلاف ولا توقف من أحد في المسألة وهو مؤذن بالاتفاق على الحكم المذكور ، وكونه مسلماً بينهم غير منكور .

وأما الآية الواردة في الخلع وهي قوله «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به»^(١) وكذا الأخبار الواردة في الباب ، فغاية ما يستفاد منها أنه لا بد من بلوغ الكراهة إلى حد يخاف فيه عدم إقامة حدود الله تعالى في حقّه بأن تسمعه تلك الألفاظ المذكورة في الأخبار ، وهذا لا يترتب على الكراهة الذاتية بخصوصها كما ربما توهمه من خص الكراهة بها بل يجوز ترتبه على الكراهة العارضة لبعض الأسباب أو بالنسبة إلى بعض الأشخاص ، ولا سيما في مقام الاغارة بالتزويج ، فإنه ربما حل ذلك المرأة على قتل زوجها فضلاً عن أن تقصده بأنواع الأذى كما نقل عن كثير من النساء ، على أنه لم يشترط أحد فيما أعلم ممن تقدم أو تأخر البلوغ إلى هذا الحد المستفاد من هذه الأخبار وتوقف الخلع على كلامها بشيء من هذه العبارات كما عرفت من كلامهم الذي أسلفنا نقله عن جماعة منهم .

وبالجملة فحيث كان ظاهر كلمة الأصحاب على الاكتفاء بالكراهة العارضة وظواهر الأخبار لاتنافيه إن لم تكن مؤيدة له لدلالاتها بإطلاقها على ذلك ، فالقول بخلاف ذلك قول بغير دليل ، ومشى على غير سبيل .

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٩ .

ج ٢٥ في ما لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجزئاً عن لفظ الطلاق ٥٨١

نعم قد تقدم في الحديث العامي المروي في سبب النزول ما ربما يوهم ذلك إلا أنه لادلالة فيه على الاختصاص بذلك الفرد وأنه لا يصح في غيره ، والله سبحانه العالم .

فروع

الأول : قالوا : لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجزئاً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ، ولو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرده فسخاً ويلزم على القول بأنه طلاق أدائه يقتضي إلى الطلاق . وعمل الأول بأن لم يأت بما طلبت فلا يستحق ما بذلت لأجله لأنها طلبت الطلاق ، وهو أمر يقع به البيئونة وترفع به الزوجية إجماعاً ويقع به نقصان الطلاق فيكون جزءاً من المحرم ، بخلاف الخلع لما قد عرفت من الخلاف فيه ، فإننا إذا قلنا إنه فسخ فكونه خلاف ما طلبته واضح ، وإن جعلناه طلاقاً فهو طلاق مختلف فيه ، وما طلبته لا خلاف فيه ، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين . وعمل الثاني وهو ما لو طلبت منه خلعاً بعوض فطلق به ، بأننا إن جعلنا الخلع فسخاً فطلق لم يلزم البذل لأنه لم يأت بما طلبت ويقع الطلاق رجعيّاً إذ لا مانع من صحته كذلك فإنه غير مشروط بالعوض ولا بالتماسها أو رضاها ، وإن جعلنا الخلع طلاقاً أو مفتقراً إلى الطلاق وأتبعه به لزم البذل لانيائه بما التمسته وزيادة كما علم من السابقة .

أقول : حيث إن ما ذكره غير منصوص ولا مبرهن عليه بالأدلة الواضحة فلمناقشة فيه مجال واسع ، إذ لا يخفى على من أعطى التأمل حقه في الأحكام الشرعية الدائرة مدار الأدلة القطعية أنه لما كان المفهوم من نصوص هذا الباب هو أن مرجع الفراق مع البذل المشترط بالكرهية إلى وقوع صيغته بلفظ الخلع خاصة أو لفظ الطلاق خاصة أو هما معاً ، وأنه مع الوقوع بأحد هذه الصيغ

يقع بائناً ويملك الزوج الفدية إلى غير ذلك من أحكام الخلع ، وإنما ذهب إليه الشيخ من كونه متى وقع بلفظ الخلع خاصة فهو فسخ قول مطرح بالنصوص ، فهو في حكم العدم ، فللقائل أن يقول إنه إذا كان الحكم الشرعي تساوي الصيغ الثلاث في الأحكام وانتظامها في ذلك على أحسن نظام فلا فرق حينئذ بين أن يطلب منه طلاقاً بعوض فيخلعها أو خاماً فيطلقها بالعوض ، لأن مرجع الجميع شرعاً إلى أمر واحد ، وليس بينهما فرق إلا باختلاف الألفاظ ، وإلا فالمرجع شرعاً إلى أمر واحد كما عرفت ، واختلاف الألفاظ لا يترتب عليه أثر شرعاً .

وبالجملة فإنه قد أتى بما طلبته ، في كل من الصورتين ، لأن المراد هو الفراق البائن الذي به تحل الفدية وهو الذي طلبته وإن عبرت بتلك العبارة وهو قد أتى به ، وإن عبر بعبارة أخرى ترجع إلى تلك العبارة شرعاً .

وأما الخلاف والوفاق في تلك الألفاظ فلا دخل له بعد ثبوت الحكم شرعاً للجميع وترتب الحكم الشرعي على كل منهما كما هو المعتمد عندهم ، وعليه دلت نصوص المسألة ، وإن لم يكن ما ذكرناه هو المتعين لما عرفت فلا أقل أن يكون مساوياً في الاحتمال لما ذكره ، وبه لا يتم ما اعتمده ، والله العالم .

الثاني : قالوا : لو ابتداء فقال أنت طالق بألف أو عليك ألف صح الطلاق رجعيّاً ولم يلزمها الألف ولو تبرعت بعد ذلك بضمانها لأنه ضمان ما لم يجب ، ولو دفعتهما إليه كانت هبة مستأنفة ، ولا تصير المطلقة بدفعها بائنة .

قال في المسالك بعد نقل ذلك : يعتبر في صيغة الخلع وقوعها على وجه المعاوضة بينه وبين الزوجة ويتحقق ذلك بأحد أمرين : تقدم سؤالها ذلك بعوض معين كقولها طلقني بألف أو اخلعني بألف فيجيبها على ذلك ، ويكفي في ظهور المعاوضة حينئذ إتيانه بالطلاق أو الخلع مقروناً بذلك العوض ، ومجرداً عنه مع نيته ، كقوله أنت طالق بألف أو عليها أو على العوض المذكور أو خلعتك عليها أو بها ، أو أنت طالقة أو مختلعة مجرداً ثانوياً به كونه بذلك العوض لظهور

المعاوضة فيه مع تقدم ذكره من جانب الزوجة كما لو قال بعني كذا بكذا فقال بعنتك .

والثاني: ابتداءه به مصرحاً بذكر العوض كقوله أنت طالق بألف أو خلعتك بألف أو عليها ونحو ذلك مع قبولها بعد بغير فصل يعتد به كغيره من المعاوضات، فلو تخلف الأمران معاً بأن ابتدأت السؤال بغير عوض كقولها طلقني فأجابها كذلك، أو أجابها بعوض ولم تجدد القبول في محله، أو ابتداء بذكر العوض صريحاً ولم يحصل منها القبول كذلك، أو أتى بلفظ لا يدل على العوض مع عدم تقدم سؤالها به، وإن قبلت لم يلزم العوض، بل إن كان قد أتى بلفظ الطلاق وقع رجعياً، وإن أتى بالخلع بطل، ثم أطال الكلام في المقام .

أقول: لا يخفى على من تأمل أخبار هذا الباب بالتأمل الصائب ونظر فيها بالذهن الثاقب أنه لا دلالة فيها على ما ادعوه من هذا التقرير الذي قرره، وغاية ما يستفاد منها هو أنه متى حصلت المنازعة والمجادلة بين الزوجين وإظهار النفور منها والتراضي على بذل معين بأي نحو كانت تلك الألفاظ الجارية بينهما من لفظ الخلع أو الطلاق أو غيرهما فإنه بعد تراضيهما على فدية مخصوصة تنخلع منه بمجرد تلك الألفاظ الجارية بينهما، ويكون ذلك بحضور العدلين، وكونها طاهراً، ونحو ذلك مما يشترط في الصحة .

وأما وجوب سؤالها أولاً أو قبولها ثانياً كون ذلك فورياً وبحود ذلك مما ذكره فلا دليل عليه إلا مجرد دعواهم ذلك في المعاوضات وأن الخلع من جملتها، مع أننا لا نسلم لهم هذه الدعوى، فإنك قد عرفت في كتاب البيع أنه لا يشترط في صحته وقوعه أزيد من تراضي البائع والمشتري على نحو مخصوص بما يتعلق بكل من المبيع والثمن، فإنه يلزم البيع بمجرد ذلك، وما اشترطوه من الإيجاب والقبول على الوجوه التي قرروها والاعتبارات التي اعتبروها فإنه لا دليل على شيء منها، وحديث جميل المتقدم أظهر ظاهر فيما ذكرناه في الخلع، وعليه تنتظم

أخبار الباب كمالاً، ولا سيما الأخبار الكثيرة الدالة على أنه إذا قالت تلك الأقوال المحرمة حلّ له ما أخذ منها وكانت عنده على تطليقتين باقيتين، فإنّ ظاهرها أنّه بمجرد هذه الأقوال الموجبة للكره وأخذ ما بذلته له تتخلع منه بالشرط الآخر المعلومة من الأخبار الآخر من حضور الشاهدين ونحوه، وليس هنا صيغة ولا عقد أزيد من هذه الألفاظ الجارية بينهما التي استقرّ رضاها عليها ونحو ذلك في البيع وغيره من المعاديات كما تقدم تحقيقه في محله .

ومن أوضح الأخبار الدالة على ما قلناه ما رواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره ^(١) عن أبيه عن ابن أبي عمير عن ابن سنان - يعني عبد الله - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الخلع لا يكون إلا أن تقول - إلى أن قال: - فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يأخذ منها جميع ما أعطاها وكلّ ما قدر عليه ممّا تعطيه من مالها، فإن تراضيا على ذلك على طهر بشهود فقد باءت منه بواحدة وهو خاطب من الخطاب فإن شئت زوّجته نفسها ، الحديث .

وهو صريح كما ترى في ترتّب ذلك على مجرد حصول التراضي بينهما على ما وقع ، وأنها تختلعه منه بمجرد ذلك، ولا لفظ هنا ولا صيغة في البين أزيد ممّا استقرّ عليه رضاها من الفدية بعد تحقّق الكراهة بتلك الأقوال، ولا ينافي ذلك ما في بعض أخبار المسألة من قوله عليه السلام « ولا يحلّ » له أن يخلعها حتّى تكون هي التي تطلب ذلك منه من غير أن يضرّ بها ، وحتّى تقول ما أبرّ لك قسماً ولا أغتسل لك من جنابة ... إلخ ، فإنّه لا دلالة في هذا الخبر على أزيد من اشتراط طلبها الخلع وأن تكون هي المريدة له وأن تقول مع ذلك تلك الأقوال المحرمة ، بمعنى أن الخلع لا يقع حتّى يكون الداعي إليه من جهتها ، وأمّا أنّه يشترط ذلك في صيغة الخلع ولا تصحّ إلا به متقدماً أو متأخراً فلا دلالة عليه ، و سبيله سبيل

(١) تفسير القمي ج ١ ص ٧٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٩ ب ٧ ح ٤ .

ج ٢٥ في ما لو قالت طلقني بألف هل يكون الجواب على الفور أم لا ؟ ٥٨٥

الآقوال المذكورة في اشتراطها في صحة الخلع ، إذ ليس المراد إلا توقف صحة الخلع على صدور هذه الآقوال في الجملة وإن لم يكن في مجلس الخلع ، وبذلك يظهر أن "جميع ما أطال به - قدس سره - هنا وكذا غيره من الأصحاب ممّا لا يرجع إلى طائل ولا يعود إلى حاصل ، والله العالم .

الثالث: قال المحقق في الشرائع: إذا قالت طلقني بألف كان الجواب على الفور، فإن "تأخر لم يستحق" عوضاً بل كان رجبياً .

وقال الشارح في المسالك: قد تقرر أن الخلع يشبه عقود المعاوضات أو هو من مجلتها لاشتماله على اقتداء البضع بعوض مخصوص وهو يقتضي لفظاً دالاً على إرادتها بذل ما يجعله عوضاً ، ولفظاً منه يدل على إيجابتها بذلك ، وكان ذلك كالإيجاب والقبول في العقود اللازمة ولو من طرف واحد ، فإن ذلك لازم من طرفه إلى أن ترجع في البذل ، فلا بد من وقوعهما متعاقبين بحيث يدل على أن أحدهما جواب للآخر والتزامه به ، فإن تقدم التماسها فقالت طلقني بألف مثلاً اعتبر كون جوابه لها على الفور بحيث لا يتخللها زمان طويل ، ولا كلام أجنبي يوجب رفع ارتباط أحدهما بالآخر ، فإن تقدم لفظه فقال خالعتك على ألف مثلاً اعتبر التزامها بالألف وقبولها لها عقيب كلامه كذلك ، ومتى حصل التراخي بينهما طويلاً على الوجه الذي يبيّن لم يستحق عوضاً ووقع الطلاق رجبياً يعني كونه صحيحاً خالياً عن العوض . . . إلى آخر كلامه زيد في إكرامه ، وعلى هذا النهج كلام غيره في المقام .

وقد عرفت ما فيه ^(١) ممّا يكشف عن ضعف باطنه وخافيه ، وإنّما ذكرناها

(١) أقول: ويبان ذلك أنه قد علل الحكم المذكور بأن الخلع يشبه عقود المعاوضات فيه أن تشبيه شيء بشيء لا يقتضي أن يكون من جميع الجهات كما هو ظاهر قوله «وهي تقتضي لفظاً دالاً على إرادتها . . . الخ» ومع تسليمه لا يدل على وجوب كونهما متعاقبين كما ذكره بل يكفي في الجملة ، فلا بد في إثبات وجوب التعاقب على الوجه المذكور من دليل ، وليس فليس . (منه - قدس سره -).

بطوله لتطلع على العلة فيما ذكره، وأن منشأ الحكم بما ذكره إنما هو هذه الوجوه الاعتبارية والتخريجات الفكرية التي لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية، سيما مع ظهور الأدلة في خلافها، فإن إطلاق أخبار الباب أظهر ظاهر في استحقاق الفدية والبيونة بعد حصول الكراهة، وبذل المرأة لما بذلته، سواء قالت اخلعني أو طلقني كذا أو لم تقل، وسواء قال هو خلعتك على كذا أو طلقتك على كذا أو نحو ذلك من الألفاظ الدالة على هذا المعنى، بل ولو لم يقل شيئاً كما سمعته من كلام جميل في حديثه^(١)، وقوله للزوج ما تقول رضيت بهذا الذي أخذت وتركتها؟ فقال: نعم، فقال لهم جميل: قوموا، فإنه جعل جواب الرجل عما سأل وقبوله لما ذكره هو الخلع كما هو ظاهر، والرجل المذكور من أجلاء فقهاء الأصحاب المعاصرين للأئمة الأقطاب، وهو ظاهر في أنه لم يفهم من الأئمة صلوات الله عليهم في هذه المسألة أزيد من هذا، فلو كان لهذه الشروط التي قرروها والاعتبارات التي اعتبروها أصل في الحكم لما أهملها وحكم بخلافها، ولهذا لما سئل عن الاتباع بالطلاق الذي هو أحد القولين في المسألة وعليه دل بعض الأخبار ففاه عملاً بتلك الأخبار الدالة على نفيه.

وبالجملة فإن جميع ما ذكره في هذه الفروع إنما جروا فيه على هذه التعليقات الاعتبارية التي لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية سيما مع ظهور الأخبار في عدمها كما أوضحناه، والله العالم بحقائق أحكامه ونوابه القائمون بمعامل حاله وحراره.

المقام الثاني في الفدية :

ومنه مسائل: الأولى: قد صرح الأصحاب بأن كلما يصح أن يكون مهرأ يصح أن يكون فدية في الخلع، وأنه لا تقدير له في جانب الكثرة، وقد تقدم في بحث المهر أن كلما يملكه المسلم من عين أو دين أو منفعة يصح كونه مهرأ إذا

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤١ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٠ ب ٣ ح ١.

ج ٢٥ في المراد من قولهم: كلّمَا صحّ أن يكون مهرأ صحّ أن يكون فدية ٥٨٧

كان متمولاً، وحينئذٍ فيصحّ أن يكون فدية في الخلع ولا تنقذر الفدية في جانب الكثرة بما وصل إليها من المهر وغيره، بخلاف عوض المباراة فإنّه لا يجوز أن يتجاوز به ما وصل إليها.

أقول: الظاهر أن المراد من قولهم «كلّمَا صحّ أن يكون مهرأ صحّ أن يكون فدية» إنّما هو بيان أنّه يجب أن يكون شيئاً متمولاً في الجملة عيناً كان أو ديناً أو منفعة، قليلاً كان أو كثيراً، وأنّه لا حدّ له بوجه من الوجوه ولا قييد فيه بمادة من المواد بخلاف عوض المباراة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

و من الأخبار المتعلقة بهذا المقام قوله عليه السلام في موثقة سماعة^(١) «فإذا هي اختعلت فهي بائن، وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه، وليس له أن يأخذ من المباراة كلّ» الذي أعطاه، دلت هذه الرواية على الفرق بين المختلعة والمباراة بما قدمنا ذكره، وأنّه لا يتقدر ما أخذه من فدية الخلع بقدر، ولا يحدّ بحد. وفي رواية زرارة^(٢) «فإذا قالت ذلك فقد حلّ له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير».

وروى زرارة^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: المباراة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ما شاء أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، وإنّما صارت المباراة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأنّ المختلعة تعتدي في الكلام وتكلم بما لا يحلّ لها، وفي جملة من أخبار الباب «حلّ له ما أخذ منها»، وبالجملة فإنّ الحكم ممّا لا إشكال فيه بعدما عرفت.

الثانية: قالوا: لا بدّ في الفدية من العلم به بالمشاهدة أو الوصف الرافع

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٩٥ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٤ ب ٤ ح ٤.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٥ ب ٤ ح ٥.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠١ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٤ ح ١.

للجهالة ، وظاهرهم أنه يكفي العلم الجهلي بذلك بحيث يرتفع معظم الفرر ولا يجب الاستقصاء ، فإن كان حاضراً فلا بد من التعيين بالإشارة كهذا الثوب وهذا العبد وهذه الصبرة من الحنطة أو الوصف والقدر الذي يحصل بالتعيين ، سواء كان عيناً شخصية أو كلية .

وإن كان غائباً قال في الشرائع «لابد» من ذكر جنسه ووصفه وقدره ، مع أنه اكتفى في الحاضر بالمشاهدة وإن لم يعلم مقداره أو وزنه أو كيله أو زرعه فقال بعد الكلام المذكور «ويكفي في الحاضر المشاهدة» وهذا هو المطابق لما تقدم ذكره في المهر ، وهم قد خروا على مجرى ما تقدم في باب المهر ، وعلى هذا فلو بذلت له ما في ذمته من المهر جاز وإن لم تعلم قدره ، لأن ذلك متعين في نفسه وإن لم يكن معلوماً لها ، ويأتي على ما ذكره المحقق في الشرائع من أن الغائب لابد من ذكر جنسه ووصفه وقدره عدم الصحة ، لأن هذا من قبيل الغائب الذي لا يصح الخلع إلا بعد معرفة مقداره ، وبهذا صرح في المسالك ، وبالأول صرح بسطه في شرح النافع ، ويتفرع على أصل المسألة واعتبار هذا الشرط ما لو خلعهما على ألف وأطلق ولم يذكر المراد من تلك الألف جنساً ولاوصفاً ولاقصداً ولانية فإنه لا يصح الخلع لعدم التعيين - المانع من حملها على بعض دون بعض - والجهالة ولو اتفقا على قصد معين بأن قصدت ألف درهم وقصد هو كذلك قال في المسالك : صح ولزمهما ما قصدا ، وإن لم يجز ذلك في غيره من المعاضات كالبيع لأن المقصود أن يكون العوض معلوماً عند المتعاقدين ، فإذا توافقا على شيء بالنية كان كما لو توافقا بالنطق .

هذا هو الذي اختاره المصنف والعلامة ، وقبلهما الشيخ في المبسوط وهو الذي يقتضيه قوله «ولا قصد فسد الخلع» لأن مفهومه صحته مع قصده ، وسيأتي في مسائل النزاع ما ينبئ عليه أيضاً .

ثم قال : ويحتمل فساد الخلع بإهمال ذكر الجنس الوصف وإن كان قصداً

ج ٢٥ لا إشكال في صحة الخلع على الأشياء التي لم يعلم قدرها بالجملة ٥٨٩

كما لا يصح ذلك في غيره من عقود المعاوضات ، وعلى المشهور فلو قالت بذلت مالي في ذمتك أو ما عندي أو ما أعطيتني من الأسباب ونحو ذلك مع علمها بقدره ووصفه صح ، ولو وقع البيع على مثل ذلك لم يصح ، بل لابد فيه من التلطف بما يعتبر تعيينه من الجنس والوصف والقدر ، وهذا من الأمور المحتملة في هذا الباب من الفرر دون غيره من المعاوضات المحضة ، انتهى .

و اعترضه سبطه هنا في شرح النافع فقال : وما ذكره من عدم صحة البيع علي مثل ذلك غير واضح ، والمتبجج الصحة في الموضعين .

أقول : لا يخفى أن روايات هذا الباب ومنها ما تقدم قريباً في سابق هذه المسألة مطلقة بالنسبة إلى الفدية لا تعرض في شيء منها بتصريح ولا إشارة إلى ما ذكره من اشتراط ما يشترط في البيع والمعاوضات في الخلع ، غاية ما يفهم منها أن كلما تراضيا عليه من المال ونحوه صح به الخلع معلوماً كان في نفسه أو مجهولاً . نعم لابد من أن يكون متفقاً عليه بينهما معلوماً لكل منهما ليقع الرضا به وأن لا يكون مما يتعقبه الخلاف والنزاع ، ففي بعض أخبار المسألة زيادة على ما تقدم حل له أن يأخذ منها ما وجد ، وفي آخر فقد طاب له ما أخذ منها ، وفي ثالث حل له أن يأخذ منها جميع ما أعطاه ، وكلما قدر عليه مما تعطيه من مالها ، الحديث .

والجميع كما نرى ظاهر فيما قلناه واضح فيما ادعيناه ، فعلى هذا الإشكال في صحة الخلع على الأشياء المشاهدة المشار إليها كهذا العبد وهذا الثوب وهذه الصبرة من الحنطة أو الشعير ونحو ذلك مما لم يعلم قدره بالجملة ، وكذا يجوز على ما في الذمة من مهر وغيره إذا تراضيا به معلوماً كان مقداره أو مجهولاً .

الحاق

لو بذلت له مائة درهم أو مائة دينار ولم تكن حاضرة مشاراً إليها انصرف ذلك إلى الرائج من نقد تلك البلد في ذلك الوقت إن اتحد ، وإن تعدد فإن كان

ثمة نقد غالب حمل عليه ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع مما يرجع إلى المال كسائر المعاملات ، ولا فرق في الغالب بين كونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعية أو زائدة ، ولا بين كونه مغشوشاً أو خالصاً ، ولو تعدد ولم يكن فيها غالب وجب التعيين وبطل الاطلاق كغيره من المعاوضات لاستحالة الترجيح من غير مرجح ، ولو كان هناك نقد غالب أو نقد متحد فعلياً غيره وتراضيا عليه صح ، لأن المرجع في ذلك إليهما كما لو بذلت غير النقد ، كذا صرح به في المسالك ، وهو جيد لأن المرجع في البذل إلى ما تراضيا عليه ، وأن يكون معلوماً على وجه لا يتطرق إليه النزاع بعد ذلك ، ولا يتحقق فيه الاختلاف بينهما.

الثالثة : لو وقع الخلع على ما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير وعلم الزوج بذلك فالظاهر أنه لا خلاف في بطلان الخلع ، لأن من شرط الفدية أن يكون مالا مملوكاً للمرأة ، قالوا : لأنه عوض عن حق البضع فلا بد من صلاحيته للمعاوضة والأظهر الاستدلال بما تقدم في الأخبار من كونه من مالها كما تكاثرت الدلالة عليه ، وما عللوه به يكون وجهاً للنص .

إنما الخلاف في وقوعه طلاقاً رجعيّاً وبه قال الشيخ في المبسوط لاشتماله على أمرين الطلاق والعوض ، فإذا بطل أحدهما بقي الآخر كما لو لواختل أحد الشرائط .

وفصل المحقق^(١) فقال : إن ما ذكره الشيخ حق إن اتبع بالطلاق ، وإلا كان البطلان أحق ، انتهى .

وتوضيحه على ما ذكره في المسالك : إنّه مع الاقتصار على الخلع وعدمه الاتباع بالطلاق لا يتحقق صحة الطلاق مع فساد العوض لأن الخلع الذي يقوم

(١) أقول : وبما ذكره المحقق - قدس سره - هنا من التفصيل صرح العلامة - قدس سره - في القواعد ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين . (منه - قدس سره -).

مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلا اللفظ الدال على الابانة بالعوض، فبدونه لا يكون خلعاً، فلا يتحقق رفع الزوجية بائناً ولا رجعيّاً، وإنّما يتم إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر، فيفسد حينئذ الخلع لفوات العوض ويبقى الطلاق المتعقب له رجعيّاً لبطلان العوض الموجب لكونه بائناً، قال: وهذا أقوى.

أقول: وفيه أن ما اختاره هنا من صحة الطلاق رجعيّاً ينافي ما صرح به في غير موضع ممّا تقدم من أن العقد المشتمل على شرط فاسد يجب أن يكون باطلاً، لأن الواقع غير مقصود، والعقود بالقصود، وما قصد غير واقع، فإنّه آتٍ في هذا المقام، إذ القصد هنا إنّما توجه إلى الخلع بهذا البذل والبيئونة به ولم يتعلق بمجرد الطلاق الرجعي، فالطلاق الرجعي غير مقصود، والمقصود وهو البائن غير صحيح ولا واقع لعدم البذل، فإن وجوده هنا كعدمه. ومن هنا ينقدح قول ثالث وهو البطلان مطلقاً. هذا إذا كان عالماً كما تقدمت الإشارة إليه.

أما لو كان جاهلاً بعدم ماليته كما لو ظنّه خلاً فبان خمرأ، أو ظنّه عبداً فظهر حرأ، فظاهر الأصحاب كما صرح به المحقق في الشرائع والملازمة في القواعد هو صحة الخلع وكان له بقدر الخمر خلاً كما أو أمهر هاذلك فظهر كونه كذلك. وعلمه في المسالك قال: لأن تراضيها على المقدار من الجزئي المعين الذي يظنّان كونه متمولاً يقتضي الرضا بالكلي المنطبق عليه، لأن الجزئي مستلزم له فالرضا به يستلزم الرضا بالكلي، فإذا فات الجزئي لمانع عدم صلاحيته للملك بقي الكلي ولأنّه أقرب إلى المعقود عليه.

ثم قال: ولم ينقلوا هنا قولاً في فساد ولا في وجوب قيمته عند مستحليه كما ذكره في المهر مع أن الاحتمال قائم فيه.

أما (الأول) فلفقد شرط صحته وهو كونه مملوكاً والجهل به لا يقتضي الصحة، كما لو تبين فقد شرط في بعض أركان العقد.

وأما (الثاني) فلأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره ، ولأن المقصود من العين ماليته ، فمع تعذرها يصار إلى القيمة لأنه لا مثل له في شرع الاسلام ، فكان كتعذر المثل في المثلي حيث يجب ، فإنه ينتقل إلى قيمته ، ولو ظهر مستحقاً لغيره فالحكم فيه مع العلم والجهل كما فصل ، انتهى .

أقول : والمسألة من أصلها غير خالية من شوب الاشكال لعدم النص الواضح في هذا المجال ، وبناء الأحكام الشرعية على هذه التعليقات العقلية وإن اشتهر بينهم ، إلا أنه محض مجازفة في أحكامه سبحانه التي استفاضت الآيات والروايات بالعلم فيها من الكتاب العزيز أو السنة المطهرة سيما مع تعارض التعليقات المذكورة وقد تقدم في بحث المهور نقل الخلاف في صحة العقد على هذه الأشياء وبطلانه وأنه على تقدير القول بالصحة فما الواجب عوض هذه الأشياء ؟ على أقوال ثلاثة وليس لهم في هذه المقالة إلا مجرد العلل الاعتبارية ، فكل من ذهب منهم إلى قول علله بوجه اعتباري كما هنا ، والحكم عندي في الجميع مرجوع إلى صاحب الأمر صلوات الله عليه وعلى آبائه الطاهرين ، وإنما نقلت مثل ذلك هنا وفي غير هذه المواضع للوقوف على مذاهب الأصحاب واحتجاجاتهم في هذه الأبواب .

الرابعة : لاخلاف في صحة بذل الفدية من المرأة فإنه مورد الآية والأخبار ومثلها وكيلاها البازل لذلك من مالها لرجوع ذلك بالآخرة إليها ، ولدخوله تحت الآية ، أعني قوله «فلا جناح عليهما فيما اقتدت به»^(١) وبذل وكيلاها من مالها بإذنها في معنى بذلها .

والحق في المسالك بالوكيل الضامن له بإذنها من ماله ليرجع به عليها ، قال بعد ذكر الوكيل : وكذا بذله ممن يضمن في ذمته بإذنها ، فيقول للزوج طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها ، والفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل يبذله من مالها بإذنها ، وهذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك ، فهو في

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٨ .

معنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكّل من ماله ليرجع إليه ، فدفعه له بمنزلة إقراضه لها ، وإن كان بصورة الضمان ، انتهى .

أقول : ويعتبرني في هذه الصورة المذكورة إشكال من استفاضة الأخبار بكون البذل من مالها ، ففي موثقة سماعة المتقدمة «ويأخذ من مالها ما قدر عليه» وفي صحيحة عبدالله بن سنان المنقولة في تفسير الثقة الجليل علي بن إبراهيم «فقد حلّ له أن يأخذ منها جميع ما أعطاه ، وكلما قدر عليه ممّا تعطيه من مالها» الحديث وفي جملة من الأخبار «حلّ له ما أخذ منها» ونحو ذلك ممّا يدلّ صريحاً على أن المأخوذ من مال الزوجة ، والقول بذلك في الوكيل إنّما هو من حيث كون المدفوع من مالها يأذنها وإن اختلف الدافع .

أمّا في صورة الدفع من ماله وإن كان بقصد الرجوع عليها فإنّه لا يدخل تحت هذه الأخبار إلّا بنوع تكلف واعتبار ، والأصل بقاء الزوجية والعصمة فيها ومن الجائز أن يكون لمالها خصوصية في ذلك دون مال غيرها وإن رجع به عليها . وبالجمله فالقول بذلك غير خالٍ من وصمة الاشكال لخروجه عمّا صرح به بنصوص المسألة ، وكيف كان فالصورتان الاولتان ممّا لا خلاف فيهما ولا إشكال . إنّما الخلاف في صحته من المتبرع بالبذل من ماله ، بأن يقول للزوج : طلق امرأتك بمائة من مالي بحيث يكون عوضاً للمخلع ، والأشهر الأظهر العدم ، لأنّ الأصل بقاء النكاح حتّى يعلم المزيل شرعاً وليس فليس .

وأنت خير بأنّه لا فرق بين هذه الصورة والصورة الملحقه سابقاً إلّا في الرجوع بعد الدفع كما في الاولى و عدمه كما في الثانية ، وإلّا فالبذل في كلتا صورتين إنّما هو من مال الباذل .

وردّ هذه الصورة - بأصالة بقاء النكاح حتّى يعلم المزيل و لم يعلم كون الدفع من مال الباذل مع عدم الرجوع به مزيلاً للنكاح ، لعدم وجود ذلك في أدلة المسألة - جارٍ أيضاً في الصورة الملحقه ، فإنّ أصالة النكاح ثابتة ، والدفع من مال

أجنبي غير رافع للنكاح وإن كان بنية الرجوع ، لما عرفت من اختصاص النصوص بكون المدفوع من مالها .

ومما يؤيد ما ذكرناه من عدم صحة هاتين الصورتين الأخبار الدالة على جواز رجوعها فيما بذلته ، وأن " للزوج الرجوع فيها ، فإن " ظاهرها اختصاص الرجوع بما بذلته ، وهي في هاتين الصورتين لم تبذل شيئاً ، وإنما بذله ذلك الأجنبي ، غاية الأمر أن " في إحداها على وجه الرجوع وأنه يكون قرضاً عليها ، وهذا لا يصدق به الرجوع فيما بذلته إلا بنوع من التأويل والتكلف البعيد . ويؤيد ما ذكرناه أيضاً ظاهر الآية - أعني قوله " فلا جناح عليهما فيما اقتدت به ، وهي في هاتين الصورتين لم تفقد بشيء ، وإنما فداها الأجنبي وبموجب ظاهر الآية لا تحل " الفدية للزوج لبقائه تحت الجناح بحيث إنما لم تفقد ، والجناح إنما ارتفعت عما اقتدت به دون ما فداها الغير إلا بارتكاب التأويلات البعيدة والتكلفات الغير السديدة .

و بالجملة فالحكم المذكور غير خالٍ عندي من الاشكال ، وذكر جملة من الأصحاب أن المخالف في هذه المسألة من أصحابنا غير معلوم على التعيين ، إلا أنه مذهب جمهور الجمهور ، وربما علل بأن " البذل اقتداء ، وهو جائز من الأجنبي كما تقع الجمالة منه على الفعل لغيره وإن كان طلاقاً .

ورد " بأن " البذل المتنازع في صحة ما اقتضى جعل الطلاق معه خلعا لثرتب عليه أحكامه المخصوصة لا مجرد بذل المال في مقابلة الفعل على وجه الجمالة ، كأن يقول : طلق زوجتك وعلي ألف من مالي مثلاً ، فإن " الفرض هنا صحة وقوع الطلاق ، ولا مانع من صحته ولا من صحة الجمالة عليه ، لكن لا يشترط هنا في إجابته المقارنة لسؤاله ولا الفورية ، ويكون الطلاق رجعيّاً من هذه الجهة ، انتهى وهو جيد . وكيف كان فضعف القول المذكور أظهر من أن يخفى .

قيل : ولو قلنا بصحة الخلع الواقع مع بذل الأجنبي فهل للأجنبي أن يرجع

بالبذل ما دامت في العدة؟ يحتتمل ذلك كما في بذل الزوجة، ويحتتمل قوياً عدم جواز الرجوع هنا مطلقاً، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع اليقين وهو رجوع الزوجة فيما بذلته خاصة.

أقول: وحيث علم أن أصل القول المذكور لا وجه له ولا دليل عليه، فالتفريع عليه ممّا لا وجه له ولا سبيل إليه.

وفي هذا المقام جملة من الفروع ذكرها الأصحاب - رضوان الله عليهم - أعرضنا عن ذكرها لعدم النصوص الدالة عليها وعدم الاعتماد عندنا على هذه التعليقات الاعتبارية، فذكرها مجرد تطويل بغير طائل فليرجع إليها من أحب الوقوف عليها في مطولات الأصحاب، والله العالم.

المقام الثالث في الشرائط:

وهي إما أن تتعلق بالخالع أو المختلعة أو تكون خارجة عنهما، فهنا مواضع ثلاثة:

الاول: ما يتعلق بالخالع، ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد، والوجه في ذلك أن الخلع طلاق كما تقدمت الاشارة إليه، فيشترط في الخالع ما يشترط في المطلق، وقد تقدم تحقيق القول في هذه الشروط في كتاب الطلاق فلا وجه لاعادة الكلام فيها.

قالوا: ولو خالع ولي الطفل، فإن جعلنا الخلع طلاقاً أو مقتراً إلى أن يتبع بالطلاق لم يصح مطلقاً لما تقدم من أنه ليس للولي أن يطلق عن الصبي وإن وجد مصلحة، وإن جعلناه فسخاً كما هو القول الآخر صح، وروى في صحته المصلحة، لأنه حينئذ بمنزلة المعاوضة عنه وهي جائزة مع المصلحة، فلا فرق حينئذ بين خلعه بمهر المثل أو أقل، لأن المصلحة هي المسوغة للفعل.

الثاني: ما يتعلق بالمختلعة، ويشترط فيها مع الدخول بها أن تكون في

طهر لم يقربها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض ، وأن تكون الكراهة منها خاصة .

أما (الأول) فلما تقدم تحقيقه في كتاب الطلاق ، لأن الخلع طلاق كما عرفت ، وقد تقدم اشتراط ذلك فيه موضحاً في شرط هنا أيضاً ، ويرجع في توضيحه إلى ما تقدم ، قالوا : ويشترط فيه ذلك وإن قلنا بكونه فسخاً لدلالة الأخبار على أنه لا يكون خلع إلا على طهر .

أقول : والتحقيق أن ذكر هذا القول - أعني القول بكون الخلع فسخاً - لا وجه له في هذه المواضع ولا التفريع عليه لما تقدم من بيان ضعفه ، وظهور الأخبار الصحاح الصراح في رده وتصريح الأخبار هنا باشتراط كون الخلع على طهر وإنما خرج بناءً على تلك الأخبار الدالة على كونه طلاقاً لافسحاً .

ومن الأخبار الدالة على اشتراط كونه على طهر ما رواه الكليني ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا طلاق ولا خلع ولا مباراة ولا خيار إلا على طهر من غير جماع .

وما رواه الكليني ^(٢) أيضاً في الصحيح عن محمد بن إسماعيل قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه ؟ فقال : إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم .

وما رواه في التهذيب ^(٣) عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح قال : سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع ، هل تبين منه بذلك ؟ أو هي امرأته ما لم يتبعها بالطلاق . فقال : تبين منه ، الحديث وقد تقدم في الأخبار الدالة على أن الخلع لا يتبع بالطلاق وما رواه في الكافي ^(٤) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال : سألت

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٧ ب ٦ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ٧ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ح ٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٦ ح ١ .

أبوعبدالله عليه السلام : هل يكون خلع أو مباراة إلا بطهر؟ فقال : لا يكون إلا بطهر، .
وما رواه في التهذيب^(١) عن محمد بن مسلم وأبي بصير في الموثق «قالا : قال
أبوعبدالله عليه السلام : لا اختلاع إلا على طهر من غير جماع» .

وعن زرارة ومحمد بن مسلم^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الخلع تطليقة بائنة
وليس فيه رجعة ، قال زرارة : لا يكون إلا على مثل موضع الطلاق ، إما طاهراً
وإما حاملاً بشهود» .

وعن ابن رثاب^(٣) «قال : سمعت حمران يروي عن أبي عبدالله عليه السلام قال :
لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلا على طهر من المرأة من غير جماع، الحديث ،
وسأني تمامه قريباً إن شاء الله تعالى .

وأما (الثاني) وهو كون الكراهة منها خاصة فلما استفاض في الأخبار من
أنها لا تختلع حتى تقول تلك الأقوال المحرمة الدالة على كمال كراهتها وفرتها
من زوجها .

ومنها زيادة على ما تقدم مارواه في الكافي والفقيه^(٤) في الصحيح عن الحلبي
عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المختلعة لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها : والله لأأبر
لك قسماً ولا أطيع لك أمراً ولا أغتسل لك من جنبه ، ولأوطئن فراشك من تكرهه
ولأذنن عليك بغير إذنك ، وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا ، فإذا قالت
المرأة ذلك لزوجها حل له ما أخذ منها ، وكانت عنده على تطليقتين باقيتين ، وكان
الخلع تطليقة ، وقال : يكون الكلام من عندها» .

(١) و٢ (٣) التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٣ و١٥ و١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٧ ب ٦ ح ٤ و٥
٦ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٥ ح ١ ،
الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٧ ب ١ ح ٣ وما في الفقيه والوسائل اختلاف يسير .

ومارواه في الكافي^(١) عن سماعة في الموثق وقال : سألته عن المختلعة فقال : لا يحل لزوجه أن يختلعهما حتى تقول : لأبر لك قسماً ولا أقسم حدود الله فيك ولا أغتسل لك من جنابة ولاوطئن فراشك ولأدخلن بيتك من تكره من غير أن تعلم هذا ولا يتكلمونهم ، وتكون هي التي تقول ذلك ، فإذا هي اختلعت فهي بائن وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه ، الحديث .

وما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : المختلعة التي تقول لزوجه : أخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك ، فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لأأبر لك قسماً ولا اطيع لك أمراً ولأذنن في بيتك بغير إذنك ولاوطئن فراشك غيرك ، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب .

إلى غير ذلك من الأخبار الجارية على هذا المنوال في اشتراط مشروعية الخلع بأمثال هذه الأقوال ، وهو في غاية الاشكال والاعضال .

وبظاهر هذه الأخبار وما دلت عليه من هذا الاشتراط أفتى الشيخ وغيره من المتقدمين حتى قال ابن إدريس في كتابه : إن إجماع أصحابنا منعقد على أنه لا يجوز الخلع إلا بعد أن يسمع منها ما لا يحل ذكره من قولها : لا أغتسل لك من جنابة ولا أقسم لك حدوداً ولاوطئن فراشك من تكرهه ، ويعلم ذلك فعلاً ، انتهى .

ويشكل ذلك بما لولم تنته الكراهة إلى هذا المقدار ، فإنه بموجب هذه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٥ ح ٣ وفيه اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٤ .

الأخبار لا يجوز خلعها ، بل أن^١ الذي شاهدناه من مشايخنا^(١) بل هو ظاهر متأخري أصحابنا هو الاكتفاء بما هو دون هذه المرتبة^(٢) .

ويشكل أيضاً بما لو لم تقل أمثال هذه الأقوال ، فإن النصوص على كثرتها متفقة على أنه لا يحل أخذ شيء منها ، ولا يصح خلعها حتى تقول ذلك ، حتى أنها دلت على أنه لا بد أن تكون تلك الأقوال منها دون أن يعلمها غيرها ، والمفهوم من كلام متأخري الأصحاب عدم اشتراط ذلك لأنهم جعلوا مناسط الخلع حصول الكراهة منها ، ولم يشترط أحد منهم الاتيان بهذه الأقوال بالفعل ، بل كلما دل على الكراهة من لفظ أو فعل أو نحو ذلك فهو كاف في صحة الخلع و ترتب أحكامه عليه .

ولم أقف على من تنبه لهذين الاشكالين في المقام إلا السيد السند في شرح النافع ، فإنه تنبه للاشكال الأول منهما ، فقال بعد نقل كلام ابن إدريس المذكور : وعلى هذا فيشكل وقوع الخلع في كثير الموارد إذا لم يعلم وصول الكراهة من الزوجة إلى هذا الحد . انتهى ، وقد غفل عن الاشكال الثاني مع أنه أشد وأعزل ، فإن كثيراً من النساء وإن كرهن كراهة تامة إلا أنهن لا يهتدين إلى هذه الأقوال ولا أمثالها ، والنصوص كما ترى ظاهرة في اشتراطها وكذا ظاهر كلام ابن إدريس .

(١) حيث أنهم قد صرحوا بأنه لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبة كالقسمة والثقة قبلت له مالاً ليخلع صح خلعها ، وإن فعل محرماً إلا أنه متفك عن الخلع ، وكذا لو أغارها وتزوج عليها قبلت له مالاً للخلع منه فإنه يصح خلعها ، ومن المعلوم أن الكراهة الحاصلة بهذه الأمور لا تبلغ إلى تلك المرتبة المذكورة في الأخبار كما هو ظاهر . (منه - قدس سره -) .

(٢) قال بعض مشايخنا - رضوان الله عليهم - : أي كان عمل فقهاء الصحابة والتابعين الرخصة في الخلع أو في الأخذ منها زائداً على ما أعطيت بأقل من هذا التشويز وهذه الأقوال ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

وبالجملة فالمسألة عندي غير خالية من شوب الاشكال ، وحيث قد عرفت أن الخلع طلاق كما دلت عليه النصوص المتقدمة وإن لم يتبع بالطلاق ، فاللازم من ذلك هو لحوق أحكام الطلاق له ، وقد تقدم في كتاب الطلاق جواز طلاق الحامل في الدم إن قلنا بأنها تحيض ، وكذا طلاق التي لم يدخل بها وإن كانت في الحيض وكذا اليائسة وإن وطأها في طهر المخالعة ، وحينئذ يصح " خلع هؤلاء الثلاث في المواضع الثلاثة كما يصح " طلاقهن ، ونقل عن بعض أصحابنا أنه حكم بعدم جواز خلع الحامل إن قلنا إنها تحيض إلا في طهر آخر غير طهر الواقعة بخلاف الطلاق. قال في شرح النافع بعد نقل هذا القول: وهو مجهول القائل والمأخذ، أقول : وضعفه ظاهر مما قدمناه .

الثالث : ما هو خارج عن الأولين ، ومنه الاشهاد ، فيتبعه في صحة الخلع حضور شاهدين عدلين ، وقد تقدم في الأخبار قريباً ما يدل عليه .
ويدل عليه أيضاً ما رواه الشيخ ^(١) عن علي بن رثاب قال : سمعت حمران يروي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلا على طهر من غير جماع وبشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة على أنها على طهر من غير جماع يوم خيئها ، قال : فقال محمد بن مسلم : أصلحك الله ما إقرار المرأة هاهنا ؟ قال : قال : يشهد الشاهدان عليها بذلك للرجل حذراً أن تأتي بعد فتدعي أنه خيئها ، وهي طامت فيشهدان عليها بما سمعتهما وإثماً يقع عليها الطلاق إذا اختارت نفسها قبل أن تقوم . وأما الخلع والمباراة فإنه يلزمها إذا أشهدت على نفسها بالرضا فيما بينها وبين زوجها بما يفتقران عليه في ذلك المجلس ، فإذا افترقا على شيء ورضا به كان ذلك جائزاً عليهما ، وكانت تطليقة بائنة لارجعة له عليها سمي طلاقاً أو لم يسم ، ولا ميراث بينهما في

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٩ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٧ ح ٦ وفيه اختلاف يسير .

العدة ، قال : والطلاق والتخيير من قبل الرجل ، والخلع والمباراة يكون من قبل المرأة .

أقول : مادل عليه هذا الخبر من اشتراط معرفة الشاهدين للرجل والمرأة بمعنى العلم بهما لم أقف على من صرح به إلا السيد السند في شرح النافع ، وقد تقدم الكلام معه في هذه المسألة في الركن الرابع في الاشهاد من كتاب الطلاق ، وظاهر الخبر المذكور مؤيد لما قدمنا ذكره من عدم اشتراط صيغة خاصة للخلع أو المباداة ، بل كلما دل على الرضا بهما من الألفاظ الجارية بينهما فهو كاف في صحة الخلع وترتب أحكامه عليه ، فإنه ينادي بظاهره أنهما إذا تراضيا على شيء واقرقا عليه من ذلك المجلس وكان ذلك التراضي بحضور الشاهدين مع استكمال باقي الشرائط فإنه يكون خلعا ، وهذا نحوه ما وقع في خبر جميل المتقدم ذكره . ومنه ما ذكره من أنه يشترط تجريده من الشرط ، والمراد الشرط الذي لا يقتضيه العقد ، أما لو اقتضاه كما لو اشترط الرجوع إن رجعت في البذل فإنه لا بأس به ، بل اشتراطه في التحقيق كلا اشتراط . فإن هذا الحكم ثابت له اشتراط أو لم يشترط .

أما ما لا يقتضيه العقد فظاهر السيد السند في شرح النافع^(١) نقل الاتفاق على عدم جواز اشتراطه ، قال : ويدل عليه أصالة عدم البيئونة مع الخلع المعلق على الشرط السالمة عما يخرج عنه .

أقول : لا يخفى ما في هذا التعليل العليل من الوهن سيما مع معارضته بعموم مادل على مشروعية الخلع الشامل لما كان مشروطاً أو غير مشروط ، والكلام في هذه المسألة يجري على ما تقدم في كتاب الطلاق من أنه يشترط تجريد الطلاق

(١) قال - قدس سره - وأما أنه يعتبر فيه تجرده من الشرط الذي لا يقتضيه العقد فمقطوع به في كلام الأصحاب ، وظاهرهم أنه موضع وفاق ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

من الشرط ، وظاهرهم الاتفاق على الحكم المذکور في الموضوعين ، وهو الصفة عندهم ، وإلا فما ذكر من التعليقات في كل من الموضوعين عيلة لا يصلح لتأسيس حكم شرعي .

وظاهر جملة من الأصحاب ومنهم شيخنا في المسالك التوقف في الحكم المذکور في الطلاق ، وقد تقدم البحث فيه مستوفى ، وهو الظاهر منه أيضاً في هذه المسألة حيث قال : الكلام في اشتراط تجريده عن الشرط كالكلال في الطلاق من أنه مذهب الأصحاب ، ودليله غير صالح ، وعموم الأدلة الدالة على مشروعيته يتناول المشروط وورد النص "بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس بكونه غير منافٍ للصحة في الجملة ، إلا أن الخلاف هنا غير متحقق ، فإن تم فهو الدليل ، انتهى .

أقول : ويؤيد الصحة مع الشرط عموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالشرط^(١) "وأن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً ، وبالجملة فالمسألة محل توقف ، والاحتياط يقتضي الوقوف على القول المشهور ، والله العالم . ومن الشروط المقتضية لبطلان العقد عند الأصحاب وهي التي ليست من مقتضيات العقد ما لو قال : خالعتك إن شئت ، فإنه لا يصح " وإن شئت لأنه شرط ليس من مقتضى العقد ، وكذا لو قال : إن ضمننت لي ألفاً أو إن أعطيتني أو نحو ذلك ، وكذا : متى أو مهما أو أي وقت أو أي حين ، قالوا : وضابطه أن يكون أمراً متوقفاً بعد الصيغة علق عليه يمكن وجوده وعدمه ، والله العالم .

المقام الرابع في الأحكام :

وفيه مسائل : الأولى : قالوا : لو أكرهها على الفدية فعل حراماً ، ولو طلق به صح الطلاق ولم تسلم له الفدية وكان له الرجعة .
أقول : هذا الكلام يتضمن حكمتين : (أولهما) أنه يكره لها على الفدية

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٥٣ ب ٦ ح ٥ وفيهما اختلاف يسير .

فعل محرماً ولا يملك الفدية ، والوجه فيه ظاهر لقيام الأدلة العقلية والنقلية بأنه "لا يحل" مال امرئ إلا بإذنه، ويتحقق الاكراه عليها بتوعده إتيانها بما لا يحتمله أو لا يليق بحالها من ضرب و شتم ونحوهما، لا بالتقصير في حقوقها الواجبة من النفقة والقسم فتعتدي منه لذلك فإنه لا يعد "إكراهاً" ، لأنه ربما يكون الحامل عليه ضعف دينه وحرصه على المال . نعم لو ظهر لها أنه إنما فعل ذلك لتفتدي منه فهو إكراه لصدق تعريفه عليه ، وقد تقدم في بحث الشقاق من كتاب النكاح ما يشير إليه .

و(ثانيهما) أنه حيث يتحقق الاكراه على البذل فإن كان الواقع طلاقاً كما ذكره ويكون من قبيل الطلاق بعوض صح "الطلاق خاصة وفسد البذل لعدم صحة كونه عوضاً وكان له الرجعة كما في سائر أفراد الطلاق ، ويحتمل بطلان الطلاق لعدم توجه القصد إليه إلا بالفدية وهي باطلة ، فما قصد غير صحيح ، وما هو صحيح لم يتوجه إليه قصد ، وقد تقرر أن العقود بالقصود . وإن كان الواقع خلعاً وإن لم يتعرض له في العبارة المتقدمة كان باطلاً ، وإن قلنا إنه طلاق فلا يكون رجعيّاً لأنّ ماهيته لا تتحقق بدون صحة البذل عند الأصحاب .

الثانية : قد صرحوا - رضوان الله عليهم - بأنه لو خلعها والأخلاق ملتزمة لم يصح "الخلع" ولم يملك الفدية ، ولو طلقها والحال هذه بعوض صح "الطلاق ولا يملك العوض وله الرجعة .

أقول : أما عدم صحة الخلع في هذه الحال فظاهر ، لأنّ من شرطها وقوع الكراهة ، والفرض أنه لا كراهة كما هو المراد من التثام الأخلاق ، وإذا لم يصح "الخلع" لم يملك الفدية ، ثمّ إنه لا يخفى أنّ التعبير بالتثام الأخلاق هنا عن عدم الكراهة الموجبة لصحة الخلع إنما خرج مخرج الغالب ، وذلك فإنّ الكراهة أمر نفسي يمكن مجامعتها بالتثام الأخلاق ، فيمكن أن تكرهه وتحسن السلوك

معه امتثالاً للأوامر الشرعية ، والقيام بما هو الواجب عليها من حقوقه ، ولكن لما كان ذلك على خلاف الغالب والطريقة الجارية بين الناس لم يلتفت إليه الأصحاب وبنوا الأمر على الغالب ، وفي كلام العقلاء والظاهر أنه في بعض الأخبار وما أضمر أحدكم شيئاً إلا أظهره الله تعالى على صفحات وجهه وفلتات لسانه .

وفي المقام حكاية يناسب ذكرها وهو أن رجلاً مرض مرضاً شديداً ، وكان له زوجة تقوم عليه وتخدمه خدمة فائقة لم ير مثلها في الأزواج ، فلما من الله عليه بالصحة قال لزوجته : إن لك علي حقاً من أعظم الحقوق احب أن أكافيك به واجازيك عليه ، وهو أنك قد خدمتني سيّما في هذا المرض خدمة زائدة ، فاطلبي ما تريد مني ، فإنه لا بد لي من مكافأتك ، فقالت له : اله عن هذا ، فإنني لا أطلب شيئاً ، فألح عليها وأكّد تمام التأكيد بحيث إنها لم تجد دفعاً له ، فقالت إن كان ولا بد فإنني أطلب الطلاق منك ، فتعجب الرجل غاية العجب ، وقال : إنك بهذه المحبة التي تظهر منك بهذه الخدمة العظيمة في الصحة والمرض كيف تطلين الطلاق ؟ فقالت : اعلم إنني منذ تزوجت بك فإنني كارهة لك تمام الكراهة وإنما كانت هذه الخدمة مني امتثالاً لأمر الله سبحانه في القيام بما أوجبه علي من حقوقك ، والظاهر أن الرجل أجابها إلى الطلاق بعد ذلك .

ثم إن ما ذكره من قولهم «ولو طلق صح» الطلاق .. إلخ ، فالمراد أنه لو لم يقع بلفظ الخلع وإنما وقع بلفظ الطلاق بعوض فإن الطلاق يكون صحيحاً ، ولكنّه يصير رجعيّاً لا بائناً ، ولم تسلّم له الفدية لما عرفت من الأخبار المتكاثرة المتقدمة من أن الفدية لا تحل إلا بتلك الأقوال المنكرة التي هي كناية عن مزيد الكراهة ، والمفروض هنا أن الأخلاق ملتزمة ، هذا هو المشهور ، وقيل : بالبطلان ، وقد تقدم الكلام في ذلك في آخر الموضوع الرابع من المقام الأول في الصيغة ، ويأتي على ما ذهب إليه شيخنا الشهيد الثاني كما قدمنا البحث فيه معه في الموضوع المذكور أنه يقع الطلاق هنا موقع الخلع ويترتب عليه ما يترتب على

البينة واستحقاق البذل ونحو ذلك ، وقد عرفت ما فيه .

الثالثة : قد صرحوا - رضوان الله عليهم - بأنه يجوز عضلها إذا أتت بالفاحشة لتفتدي نفسها ، وقيل : بأنه منسوخ والأكثر على عدمه .

أقول : الأصل في هذا الحكم قوله عز وجل ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينكموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة^(١) والعسل لغة المنع والتضييق ، والمراد هنا التضييق بالمنع من التزويج وسوء العشرة معها لتفتدي منه .

قال في المسالك : واختلف في الفاحشة المستثناة بسببها ، فقيل : هو الزنا ، وقيل : ما يوجب الحد مطلقاً ، وقيل : كل معصية ، وكون الحكم على خلاف الأصل ينبغي معه الاختصار على محل الوفاق ، وهو الأول لأنه ثابت على جميع الأقوال ، انتهى .

أقول : أما الفاحشة الموجبة لخراج الزوجة المذكورة في قوله عز وجل ولا تخرجنوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة^(٢) فقد تقدم^(٣) ذكر الخلاف فيها ، والأخبار المتعلقة بها وأكثر الأخبار على أن المراد منها إيذاء أهلها وسوء خلقها معهم ، وفي رواية الزنا ، وفي ثالثة أنها السحق لا الزنا وأما الفاحشة في هذه الآية فلم أقف على اختلاف الأقوال فيها إلا فيما ذكره هنا ومن المحتمل قريباً أنه بنى على تلك الأقوال التي تقدمت في تلك الآية .

وأما ما يتعلق بهذه الآية من الأخبار فلم أقف فيه إلا على ما ذكره أمين الاسلام الطبرسي - طيب الله مرقده - في كتاب مجمع البيان^(٤) حيث قال : وإلا

(١) سورة النساء - آية ١٩ .

(٢) سورة الطلاق - آية ١ .

(٣) تقدم ذلك في المسألة الأولى من المقام الثاني في اللواحق وهو آخر كتاب الطلاق ، (منه - قدس سره) . والصحيح هو المقام الثامن راجع ص ٥٢٣ من هذا الجزء .

(٤) مجمع البيان ج ٣ ص ٢٤ .

أن يأتين بفاحشة مبينة، أي ظاهرة: وقيل: فيه قولان (أحدهما) يعني إلا أن يزني، عن الحسن وأبي قلابة والسندي وقالوا: إذا اطلع منها على زينة فله أخذ الفدية. (و الآخر) أن الفاحشة النشوز، عن ابن عباس، والأولى حمل الآية على كل معصية، وهو المروي عن أبي جعفر عليه السلام واختاره الطبري، انتهى.

وليس في المقام غير هذه الرواية فيتعين الحمل عليها، إلا أنه من المحتمل قريباً تفسير الفاحشة هنا أيضاً بما دلّت عليه تلك الأخبار المتقدمة من تلك الأقوال القبيحة التي إذا قالتها المرأة حلّ له ما أخذ منها وحلّ له خلعها، ولكن هذا في الحقيقة يرجع إلى ما دلّ عليه الخبر المتقدم من أنها كل معصية، فإنه أحد أفراد المعاصي فلا يكون خارجاً عنه.

وبما ذكرنا يظهر لك ما في كلامه - قدس سره - من الاشكال، فإن العمل في تفسير الآية وبناء الأحكام الشرعية على ذلك إنما هو على الأدلة الشرعية والحجج الواضحة الجلية، لا على مجرد الأقوال، ليرجح منها ما هو المتفق عليه من تلك الأقوال وإن عرت عن الاستدلال.

وأما ما ذكر من القول بأنها منسوخة فهو قول ذكره الشيخ في المبسوط وتبعه فيه بعض من تأخر عنه، والظاهر أنه من أقوال العامة كما بيّنه عليه شيخنا في المسالك ^(١).

قالوا: إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ^(٢) وإنه كان قبل نزول الحدود للرجل أن يعضل الزانية لتقتدي

(١) قال - قدس سره - ونعم ما قال: واعلم أن القول الذي حكاه المصنف من كون الآية منسوخة تبع فيه الشيخ في المبسوط، وهو قول بعض العامة، وأما أصحابنا فلا يعرف ذلك لهم ولم ينقله أحد من الأصحاب عنهم، ولكن الشيخ في المبسوط يحكي أقوالهم ويختار منها ما ترجح عنده، وقد نقل القول بكونها منسوخة بقوله: وقيل وهو ضعيف المستند. انتهى. (منه - قدس سره -).

(٢) سورة النور - آية ٢.

نفسها ، فلمّا نزلت الحدود حرم أخذ المال بالأكراه .

وأنت خير بأنّه لا وجود لهذه الأخبار المبنيّ عليها هذا القول في شيء من أصولنا ، والموجود في أخبارنا في تفسير هذه الآية أنّ الفاحشة فيها إنّما هي بمعنى كل معصية كما عرفت لا بخصوص الزنا ، وبالجمله فالقول المذكور غير ملتفت إليه ولا معول عليه .

الرابعة : لا ريب في أنّه متى صحَّ الخلع واجتمعت شرائطه كانت فرقة بائنة لاربعة للزوج فيها إلّا أن ترجع هي فيما بذلت إذا كان رجوعها في العدة ، فإنّه مع رجوعها يكون الطلاق حينئذ رجعيّاً ، فإن شاء الرجل أن يرجع رجوع . فأما ما يدلّ على البينونة بذلك على الوجه المذكور فجملة من الأخبار ، منها قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم ^(١) «المختلعة التي تقول لزوجها : أخلمني إلى أن قال عليه السلام : - فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ - لما أخذ منها وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائنة بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب» .

وفي رواية أبي الصباح الكناني ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا خلع الرجل امرأته فهي واحدة بائنة ، وهو خاطب من الخطاب . وفي صحيحة محمد بن مسلم ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام «حلّ له ما أخذ منها وليس له عليها رجعة» .

وأما ما يدلّ على كونه رجعيّاً متى رجعت هي في العدة فمنه صحيحة محمد ابن إسماعيل ^(٤) بن بزيع عن الرضا عليه السلام قال فيها «تختلع منها بشهادة شاهدين (١ و ٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٠ ح ٣ و ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٥ ح ٣ و ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٨ ب ١ ح ٤ و ٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤١ ح ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٧ ح ٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٦ ب ٥ ح ٣ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ضمن ح ٩ وفيهما اختلاف يسير .

على طهر من غير جماع، وهل تبين منه بذلك أوهي أمراته ما لم يتبعها بالاطلاق؟ فقال: تبين منه، وإن شاءت أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت، الحديث. وموثقة الفضل أبي العباس^(١) عن أبي عبد الله، عليه السلام، قال: المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعن^(٢) في بضعك.

وفي صحيحة عبد الله بن سنان^(٣) المروية في تفسير الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي - رحمه الله - عن أبي عبد الله عليه السلام وقد تقدم صدرها^(٤) قال فيها: «وإن تراضيا على ذلك على طهر بشهود فقد بانت منه بواحدة وهو خاطب من الخطاب، فإن شاءت زوجته نفسها، وإن شاءت لم تفعل، فإن تزوجها فهي عنده على ثنتين باقيتين، وينبغي له أن يشترط عليها كما يشترط صاحب المباراة: إن ارجعت في شيء مما أعطيتني فأنا أملك ببضعك، وقال: لا خلع ولا مبارأة ولا تخيير إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين عدلين، والمختلعة إذا تزوجت زوجاً آخر ثم طلقها يحل^(٥) للأول أن يتزوجها، ولا رجعة للزوج على المختلعة، ولا على المبادلة إلا أن يبدو للمرأة فيرد^(٦) عليها ما أخذ منها».

وفي هذه الرواية الأخيرة وكذا صحيحة ابن بزيع ما يدل على الأمرين على البتونة بالخلع وكونه رجعيّاً بعد رجوعها.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن المشهور أن للمرأة الرجوع ما دامت في العدة فإذا رجعت كان للزوج الرجوع في نكاحها إن شاء، صرح به الشيخ وغيره.

قال في النهاية: وتكون تطليقة بائنة لا يملك رجعتها، اللهم إلا أن ترجع المرأة فيما بذلته من مالها، فإن رجعت في شيء من ذلك كان له الرجوع أيضاً في

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٩ ب ٧ ح ٣.

(٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٩ ب ٧ ح ٤.

(٣) أقول: تقدم ذلك في الفرع الثاني من الفروع الملحقة بالمقام الأول في الصيغة.

(منه - قلنس سره-) راجع ص ٥٨٤ من هذا الجزء.

بضعها ما لم تخرج من العدة ، فإن خرجت من العدة ثم رجعت في شيء مما بذلته لم يلتفت إليها ولم يكن له عليها أيضاً رجعة ، وإن أراد مراجعتها قبل انقضاء عدتها إذا لم ترجع هي فيما بذلت أو بعد انقضائها كان ذلك بعقد مستأنف ومهر جديد . وهذا الكلام دالٌّ بإطلاقه على جواز رجوعها في البذل سواء اشترطت ذلك في العقد أم لا ، وسواء اختار الرجل ذلك أم لا ، وظاهر ابن حمزة أنه مع الإطلاق وعدم اشتراط رجوعها ورجوعه فلا بد من تراضيهما معاً بالرجوع واتفقهما عليه ، فلو لم يرض الزوج بالرجوع لم يكن لها الرجوع ، بناءً على أن الخلع عقد معاوضة ، فيعتبر في صحته تراضيهما ، ومع التقييد فالحكم كما ذكره الشيخ إذا كان في العدة .

قال ابن حمزة على ما هله عنه في المختلف : يجوز أن يطلق الخلع وأن تقيّد المرأة بالرجوع فيما اقتدت به ، والرجل الرجوع في بضعها ، فإن أطلقا لم يكن لأحدهما الرجوع بحال إلا برضا الآخر ، وإن قيّدا لم يخل إماماً لزمتهما العدة أو لم تلزم ، فإن لزمتهما جاز الرجوع ما لم تخرج من العدة ، فإن خرجت منها أو لم تلزم العدة لم يكن لهما الرجوع بحال إلا بعقد جديد ومهر مستأنف . واختار هذا القول السيّد السند في شرح النافع ، وقبله جده في المسالك ومراده بمن لم تلزمها العدة ما لو كانت صغيرة أو يائسة أو غير مدخول بها ومن تمت عدتها ، وفي معناها العدة البائنة كعدة المطلقة الثالثة ، وظاهره أنه مع التقييد ، فجواز رجوعها لازم لجواز رجوعه ، فلو لم يمكنه الرجوع لكون العدة بائنة كأن تكون المطلقة ثالثة أو كانت غير مدخول بها ونحوهما مما تقدم فإنه لا يجوز لها الرجوع ، وظاهر الأخبار المتقدمة ، فإنها ظاهرة كالصريحة في إمكان رجوعه لقوله في صحيحة ابن بزيع « و تكون امرأته » وقوله في موثقة الفضل « لأرجعن » في بضعك ، ونحوهما الرواية الثالثة إذ لا يصدق شيء من ذلك فيما إذا كانت العدة بائنة ، كما أنه لا يصدق بعد خروج العدة ، إلا أنه لا إشعار في شيء منها

بصورة التقيد كما ذكره، بل ظاهرها أعم من ذلك كما هو ظاهر عبادة الشيخ في النهاية .

وكيف كان فالظاهر من الأخبار المتقدمه هو اتفاقهما وتراضيهما على الرجوع شرط أحدهما أم لم يشترط، وإن كان الأولى الاشتراط كما دل عليه الخبر الثالث. ويظهر الخلاف من كلامي الشيخ وابن حمزة في أنه مع الاطلاق لو رجعت المرأة في بذلها ولم يرض الرجل بذلك فإنه لا يصح رجوعها على قول ابن حمزة المتقدم، لأنه اشترط في جواز رجوعها تراضيهما معاً عليه، بناءً على أنه عقد معاوضة، فيعتبر في فسخه رضاهما. وأما على قول الشيخ، فإنه يصح لأن غاية ما دلت عليه الأخبار هو جواز رجوعه بعد رجوعها، فالشرط إمكان رجوعه في صحة رجوعها، وإن لم يعتبر رضاه .

وبالجملة فالأولى الوقوف على ظاهر الأخبار المذكورة كما أشرنا إليه . بقي الكلام هنا في مواضع : الأول : أنك قد عرفت أنه برجوع المرأة في البذل تصير العدة رجعية بعد أن كانت بائنة قبل ذلك، وحينئذ فهل تترتب عليها أحكام العدة الرجعية مطلقاً كوجوب النفقة والسكنى وتحديد عدة الوفاة لومات في هذه العدة ونحو ذلك أم لا ؟ إشكال ينشأ من أن كونها عدة رجعية يقتضي ذلك إذ لا معنى للعدة الرجعية إلا ما يجوز للزوج الرجوع فيها، وهو يقتضي بقاء الزوجية الموجبة للأحكام المذكورة، ومن أنها ابتدأت على البينونة وسقوط هذه الأحكام، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل، والأصل يقتضي استصحاب الحكم السابق، ولا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعية مطلقاً لجواز أن يراد بالرجعية ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً كما هو الظاهر، وأما قبل رجوعها فلا شبهة في اتفاق أحكام الرجعية عنها .

أقول : لا ريب أن الأنسب بالقواعد الشرعية والضوابط المرعية - وإن لم يوجد نص في خصوص هذه المسألة بالكلية - هو الوجه الأول من الاحتمالين

المذكورين، فتجب هذه الأشياء المعدودة ونحوها . ومنه ما لومات الرجل والمرأة في تلك الحال ، والظاهر أنه لا خلاف في ثبوت التوارث من الطرفين .
و مما يؤيد ذلك قوله ^(١) في صحيحه ابن بزيح المتقدمة ^(٢) « وإن شاءت أن يرد عليها ما أخذ منها و تكون امرأته ... إلخ » فإنه ظاهر في أنها برجوعها في البذل تكون امرأته ، بمعنى ملك رجعتها ، كما أن المطلقة في العدة الرجعية كذلك ^(٣) وقضية ذلك ترتب الأحكام المذكورة على رجوعها ، وجميع ما علل به الوجه الثاني معلول .

أما قوله « إنها ابتدأت على البينونة ... إلخ » ففيه أن العدة وإن كانت ابتدائها على البينونة و سقوط تلك الأحكام إلا أنه برجوعها في البذل قد تغير الحكم من البينونة إلى الرجعية ، فبتبدل الحكم المذكور بتبدلت الأحكام المترتبة على كل منهما ، وبذلك يظهر ما في قوله الأصل يقتضي استصحاب الحكم السابق وأي أصل هنا مع تبدل الحكم الأول إلى نقيضه لأنها أولاً كانت عدة بائنة والآن صارت عدة رجعية ، ومقتضى الأصل استصحاب أحكام العدة الرجعية ^(٤) .

قوله « ولا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه ... إلخ » مردود ، بأنه أي مانع يمنع من أن الشارع يحكم بالبينونة وما يترتب عليها قبل رجوع المرأة في البذل ، ثم يحكم بالرجعة وما يترتب عليها بعد الرجوع فيه ، وجواز أن يراد

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ضمن ح ٩ .

(٢) لا بمعنى أنها تصير امرأته حقيقة ، لأنها لا تكون كذلك إلا بعد رجوعه فيها إذا رجعت في البذل . (منه - قدس سره) .

(٣) أقول : وفي الأخبار الظاهرة فيما قلناه قول أبي جعفر عليه السلام في موثقة زرارة لما سأله عن الرجل يطلق المرأة هل يتوارثان ؟ فقال : « ترثه ويرثها ما دام له عليها رجعة » ونحوها غيرها ، وهي ظاهرة بل صريحة في دوران الإرث مدار ثبوت الرجعة كما لا يخفى .

(منه - قدس سره) .

بالرجعية ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً بمعنى رجعت أولم ترجع خلاف للظاهر لأنك قد عرفت أن هذه العدة قد اتصفت بالبينونة والرجعية باعتبارين، فبالنظر إلى عدم رجوع الزوجة بالبذل فهي بائنة لا يجوز للزوج الرجوع فيها كما صرح به الأخبار، وباعتبار رجوعها فيه قد انقلب الحكم وتغير إلى نقيضه من الرجعية، ويترتب على كل منهما أحكامه الشرعية، وظاهره في المسالك الميل إلى الوجه الثاني، وفيه ما عرفت.

الثاني: هل يجوز للرجل أن يتزوج اخت الزوجة التي خلعتها؟ وكذا هل يجوز أن يتزوج برابعة أم لا؟ وجهان بل قولان، أظهرهما الأول لتحقيق البينونة التي من فروعها ذلك.

وعليه يدل بالنسبة إلى تزويج الاخت ما رواه ثقة الاسلام (٢) في الصحيح عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألت عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له أن يخطب اختها من قبل أن تنقضي عده المختلعة؟ قال: نعم قد برئت عصمتها، وليس له عليها رجعة.

وعمل القول بالمنع بأنه عقد متزلزل في حكم الرجمي، ولأنه على تقدير تقدم ذلك ثم رجوعها يصير جامعاً بين الاختين وأزيد من العدد الشرعي. وضعف التعليل الأول أظهر من أن يخفى إذ لا تزلزل مع ثبوت البينونة به وكونه يصير رجعيّاً بعد رجوعها لا يوجب منع إجراء أحكام البينونة عليه قبل الرجوع، ولا يوصف بالتزلزل في تلك الحال الأولى.

وأما الثاني فهو مبني على تجويز الرجوع لها، وسيأتي ما فيه، ثم إنّه على تقدير ما اخترناه من جواز التزويج فهل للزوجة الرجوع في البذل بعد تزويجها باختها أو أخذ الرابعة، أم لا؟ وجهان، أقربهما الثاني لما تقدم من أن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ ح ٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٤ ب ١٢ ح ١.

رجوعها مشروط بإمكان رجوعه ، وهو في هذه الحال لا يمكنه الرجوع إليها .
وما قيل من أنه يمكن إزالته بتطليق الاخت والرابعة بائنة فله الرجوع حينئذٍ لزوال المانع مردود ، بأن ظاهر الأخبار الدالة على الانقلاب رجعيًا بعد رجوعها أنها بمجرد رجوعها في البذل صارت امرأته من غير توقف على أمر آخر وهذا لا يصير امرأته بمجرد ذلك ، كما لا يصير ذات الطلقة الثالثة والغير المدخول بها امرأته بمجرد الرجعة ، فإذا لم تصر امرأته بمجرد رجوعها في البذل امتنع رجوعه ، وقد عرفت أنه متى امتنع رجوعه فيها امتنع رجوعها في البذل .
الثالث : هل يجوز لها الرجوع في بعض ما بذلته ؟ وجهان ، أحثا رثائيهما السيد السند في شرح النافع حيث قال : و الأظهر أنه ليس للمرأة الرجوع في بعض ما بذلته .

وقال في المسالك : لو رجعت في البعض خاصة هل يصح الرجوع ويترتب عليه صحة رجوعه ؟ لم أقف فيه على شيء يعتد به ، وفيه أوجه كل منها محتمل : (أحدها) جواز الرجوع ، ويترتب عليه رجوعه . أما الأول فلما اتفق عليه الأصحاب من أن البذل غير لازم من جهتها ، فكما يصح لها الرجوع في الجميع يصح في البعض لأن الحق لها ، فلها إسقاط الجميع فإن عدم الرجوع في قوة الإسقاط ، إذ لا يلزم منه رجوع العوض الآخر بل جوازه ، وأما الثاني فلأنه مترتب على رجوعها ، وقد حصل .

وفي رواية أبي العباس ^(١) ما يرشد إليهما ، لأنه قال «المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول : لأرجعن» في بضعك ، وهو صريح في الاكتفاء بالبعض وترتب رجوعه عليه .

(والثاني) المنع فيهما . أما الأول فلأن جوازه يقتضى صيرورة الطلاق رجعيًا

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٩ ب ٧ ح ٣ .

وإنما تصير رجبياً إذا لم يشتمل على عوض، والعوض باقٍ في الجملة، إذ لا فرق فيه بين القليل والكثير، ومن ثمّ لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقي بل أقلّ منه كفى في البينونة، فالجمع بين كون الطلاق رجبياً وبقاء العوض في مقابلة متنافيان. وفي صحيحة ابن بزيع^(١) ما يرشد إليه، لأنّه قال «وإن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت»، وهي العمدة في الباب لصحتها، وظاهرها اعتبار ردّ الجميع لأنّ ما من صيغ العموم فلا يترتب عليه الحكم بالعوض.

و(ثالثها) جواز رجوعها دونه. أمّا الأول فلما تقرّر من أنّ البذل من جهتها جائز فیتخیر فی الرجوع. وأمّا الثاني فلأنّ بقاء شيء من العوض مانع من رجوعه وهو حاصل هنا، وأضعفها الأخير لما يظهر من تلازم الأمرين حيث لا يكون المانع من قبله وهو هنا ليس كذلك، ولأنّ هذا لو صحّ لزم الاضرار به بأن ترجع في أكثر البذل، وتبقى شيئاً سيراً لمتنعه من الرجوع، وهو منفي، ولا وسيلة له إلى إسقاطه بخلاف ما تقدم، والوسط لا يخلو من قوة، انتهى.

أقول: لا يخفى أنّ المسألة المذكورة محلّ توقّف وإشكال. أمّا بالنظر إلى التعليقات العقلية فلما عرفت من تصادمها وتقابلهما مع ما عرفت من أنّها وإن خلت من ذلك لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية.

وأمّا بالنظر إلى الروايات فلتعارضها أيضاً بحسب الظاهر، فإنّ ظاهر صحيحة ابن بزيع كما ذكره تخصيص الحكم بالرجوع في الجميع فلا يكفي الرجوع في البعض، ومثلها قوله عليه السلام في آخر صحيحة عبدالله بن سنان^(٢) المتقدم نقلها عن تفسير الثقة الجليل علي بن إبراهيم «إلا أن يبدو للمرأة فيردّ عليها ما أخذ منها» وظاهر رواية أبي العباس كما ذكره صحّة الرجوع منها ومنه برجوعها في البعض لقوله «وإن رجعت في شيء من الصلح - يعني البذل - يقول: لا رجعت»، والظاهر

(١) التهذيب ج ٨ ص ٩٨ ح ١١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٢ ب ٣ ضمن ح ٩.

(٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٩ ب ٧ ح ٤.

أن شيخنا المذكور وسبطه إنما اختارا ما دلّت عليه صحيحة ابن بزيع من حيث صحة الرواية المذكورة وضعف الأخرى.

وفيه أن ما دلّت عليه رواية أبي العباس قد ورد في صحيحة عبد الله بن سنان المذكورة لقوله **إِنَّمَا** فيها «و ينبغي له أن يشترط عليها كما يشترطه صاحب المباراة : وإن ارتفعت في شيء مما أعطيتني فأنا أملك ببضعك» ومثل هذه العبارة في كثير من أخبار المباراة، ومنها الصحيح وغيره ، وسيأتي قريباً إن شاء الله تعالى ، وبذلك يظهر لك الاشكال .

ويمكن الجمع بين هذه الأخبار بحمل «من» في هذه الأخبار على البيانية دون التبعية ، والظاهر أنه هو الذي فهمه الأصحاب من هذه الأخبار حيث إن جميع ما دلّ على رجوع المرأة في البذل في باب المباراة إنما عبّر عنه بهذه العبارة ، مع اتفاقهم على تخصيص الحكم بالرجوع في الكل ، ولم يذكر أحد منهم - لا في الخلع ولا في المباراة - الرجوع في البعض ، وإنما وقع الكلام فيه من شيخنا المذكور ومن تأخّر عنه كما أشار إليه بقوله «لم أقف فيه على شيء يعتد به» وبعد أشد البعد اتفاقهم على الحكم المذكور مع كون ظاهر الأخبار كلها على خلافه لو حملت «من» على التبعية إلا أنه يحتمل أن يقال إن ما دلّ على الرجوع في الجميع لا دلالة فيه على الحصر في هذا الفرد ، بل من الجائز كونه أحد الفردين وما دلّت عليه الأخبار الآخر من الجواز بالرجوع في البعض هو الفرد الآخر ، إلا أن فيه ما عرفت ، والله العالم .

فوائد

الاولى : إذا أراد الرجل إعادة الزوجة ولم ترجع في البذل ، فإنه لا يكون إلا بعقد جديد ومهر مستأنف لأنها بالخلع صارت بائنة أجنبية وبطريق أولى لو خرجت من العدة .

الثانية: لا إشكال في أنه لا توارث بين المختلعي لما عرفت من البيئونة بالخلع، والخروج عن الزوجية بالكليّة، وانقطاع العصمة بينهما، وبدل عليه قوله في رواية ابن رثاب المتقدمة ^(١) «ولأميراث بينهما في العدة» ولا ريب في ثبوت التوارث بعد رجوعها ورجوعه، لأنه برجوعه فيها بعد رجوعها صارت زوجة.

وإنما محل الإشكال فيما لو رجعت هي ولم يرجع هو، ويأتي على ما قدمنا ذكره في الموضع الأول من المقام الرابع ثبوت التوارث ونحوه من تلك الأحكام المذكورة ثمة، لأنها برجوعها في العدة تصير العدة رجعية، يملك الزوج الرجوع فيها، ومن شأن العدة الرجعية ترتب تلك الأحكام عليها.

الثالثة: لو خالعه و شرط الرجوع لم يصح، لأن مقتضى الخلع البيئونة، فيكون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، فيبطل و يترتب عليه بطلان الخلع، والظاهر أن ترتب بطلان الخلع عليه مبني على القاعدة المشهورة من أنه إذا فسد الشرط الذي تضمنه ذلك العقد لزم منه بطلان تلك العقد، حيث إنه لم يتوجه القصد إلى ذلك العقد إلا بهذا الشرط والحال أنه فاسد، فما تعلق به القصد غير صحيح، وما هو صحيح - وهو العقد بدون الشرط المذكور - لم يتعلق به القصد. وقد عرفت ما في هذه القاعدة من المناقشة في غير موضع مما تقدم، وقضية ذلك صحة الخلع وإن بطل الشرط المذكور، ونحو ذلك يأتي في الطلاق بعوض، فإنه كالخلع يكون بائناً، والشرط المذكور منافٍ لمقتضاه.

الرابعة: لو اتفقا على قدر البذل كمائة مثلاً واختلعا في الجنس. فادعت الزوجة أنه مائة درهم وادعى الزوج أنه مائة دينار. والمشهور وبه صرح الشيخ وغيره أن القول قول المرأة لأنها منكرة لما يدعيه، والأصل عدم استحقاقه إياه، قالوا: نعم، لو أخذه على وجه المقاصة اثبته جوازه.

(١) قد تقدمت في الموضع الثالث من المقام الثالث في الشرائط. (منه - قدم سره -).

راجع التهذيب ج ٨ ص ٩٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٧ ح ٦ ب ٤.

واعترضهم في المسالك فقال : ويشكل هذا القول من رأس، لأن "كلًا" منهما مدعٍ ومدعى عليه ، والآخر ينكر ما يدعيه، وهذه قاعدة التحالف في نظائره من عوض البيع والاجارة وغيرهما، وإنما يتجه تقديم قول أحدهما إذا اتفق قولهما على قدر وادعى الآخر الزيادة عليه وأنكرها الآخر، فيكون منكر الزيادة منكراً لكل وجه، ومدعيها مدعياً ، بخلاف صورة النزاع لأن دعوى الذهاب لا يجامع دعوى الفضّة ، والآنكار من كل منهما لما يدعيه الآخر متحقق ، فلو قيل بأنهما يتحالفان ويستط ما يدعيانه بالفسخ أو الانفساخ فيثبت مهر المثل إلا أن يزيد مما يدعيه الزوج كان حسناً ، ولا يتجه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما على صحته، أو إنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض ، ويحتمل أن يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقاً لتساقط الدعويين بالتحالف ، انتهى .

أقول: ما ذكره - قدس سره - من رجوع حكم المسألة إلى التحالف جيّد، وإنما يبقى الكلام في أنه بعد التحالف، وسقوط كلٍّ مما يدعيانه، فإن الظاهر هو بطلان الخلع بالمرة لخلو الخلع من العوض لأنه منحصر في أحد هذين المذكورين ، وقد تساقطاً معاً بالتحالف ، ومهر المثل غير مذكور في صيغة الخلع ولا مقصود ولا مراد بالكليّة ، فبأي وجه يثبت هنا؟ وتقديره والرجوع إليه بعد التحالف لا معنى له ، لأنه ليس من قبيل المهر الذي يجب تقديره مع خلوه عقد النكاح عنه ، وإنما هو عوض يجب ذكره في عقد الخلع، ويكون ركناً من أركانه، وهو هنا منحصر في أحد هذين المذكورين، لأنه لا بدّ بحسب الواقع أن يكون أحدهما صادقاً والآخر كاذباً ، لكن لما اشتبه ذلك وكان اللازم شرعاً هو التحالف الموجب لسقوطهما معاً لزم منه خلوه الخلع من العوض، وهو موجب لبطلانه ظاهراً وإن كان صحيحاً في الواقع تتعلق به أحكامه بالنسبة إليهما المعلوماتية ذلك عندهما كما في نظائره من العقود الصحيحة في الواقع الفاسدة بحسب الظاهر، ويؤيده ما تقدم في كتاب البيع من أنه بالتحالف يبطل البيع ونحوه من العقود التي يكون

الحكم فيها ذلك .

وأما قوله « ولا يتجبه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما على صحته » ففيه أن البيع كذلك أيضاً ، مع أنهم صرحوا بالبطلان بعد التحالف ، وذلك أنه إذا قال البائع بعثك بهذا العبد أو بهذا الدينار ، وقال المشتري بل بهذه الجارية أو بهذه الدراهم ، فإنهما قد اتفقا على وقوع البيع ، مع أنه بعد التحالف الذي هو الحكم في هذه الصورة يحكم ببطلان البيع ، وإن اختلفوا في أن البطلان هل هو من الأصل فينزل البيع بمنزلة العدم؟ أو من حين التحالف أو الفسخ كما نقله شيخنا في المسالك في كتاب البيع ^(١) ؟

وبالجملة فإن العقد الذي يجري فيه التحالف لا إشكال في صحته بحسب الواقع ونفس الأمر لاشتماله على شرائط الصحة ، لكن باعتبار هذا الاختلاف بين المتعاقدين الموجب للتحالف الذي يتساقط به الدعويان ويلزم منه الخلو من العوض يجب الحكم بالبطلان في ظاهر الأمر ، وإلا لزم الترجيح بغير مرجح . وبالجملة فإنني لا أعرف لما ذكره وجه صحة يعتمد عليه لما عرفت ، والله العالم .

الخامسة : قال في المختلف : لو خالغ المريض لم ترثه الزوجة في العدة ،

(١) قال في المسالك في كتاب البيع : إذا وقع الفسخ بالتحالف فهل يبطل العقد من أصله ، وينزل البيع بمنزلة المعدوم؟ أم من حين التحالف والفسخ؟ وجهان ، اختار أولهما العلامة في التذكرة ، محتجاً عليه بأن اليمين قد أسقطت الدعوى من رأس ، فكأنه لم يبيع ، كما لو ادعى على الغير بيع أو شراء فأنكر وحلف فإن الدعوى تسقط ويكون الملك باقياً على حاله ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ، ويشك باتفاقهما على وقوع عقد ناقل للملك ، أما في الثمن الموصوف فظاهر ، وأما في العين الذي أوجب التحالف لاختلافه فالبيع أيضاً متفق على انتقاله من البائع إلى المشتري ، وإنما الاختلاف في انتقال الثمن المعين ، فيمكن أن يتوجه ذلك في الثمن دون الثمن في الموضعين .

واختار ثانيهما في القواعد ، وتبعه في الدروس ، والتحقيق ما أشرنا إليه من أن البيع لا يبطل إلا من حينه ، وأما الثمن فيبقى على حكم الملك بالحلف كما مثل به في التذكرة ، فالإطلاق في الموضعين غير جيد ، انتهى . وهو ظاهر فيما قلناه (منه) - قدس سره - .

سواء قلنا إنه طلاق أو مقتصر إليه لانتفاء التهمة .

قال ابن إدريس : وإلى هذا القول ذهب شيخنا أبو جعفر في استبصاره قال « ولنا في ذلك نظر » وهو يدل على تردده ، لنا ما تقدم من انتفاء سبب التوارث وهي التهمة .

ومارواه محمد بن القاسم الهاشمي ^(١) عن الصادق عليه السلام قال : سمعته يقول : لا تراث المختلعة والمبارأة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان ذلك منهن في مرض الزوج وإن مات في مرضه لأن العصمة قد انقطعت منهن ومنه ، انتهى . أقول : ما ذكره العلامة - قدس سره - من نفي التوارث لانتفاء سببه وهو التهمة جارٍ على مذهبه في المسألة كما تقدم ذكره ، وهو المختار كما تقدم ذكره . وأما على القول المشهور من أن مطلق المريض تراثه في مرضه وإن خرجت من العدة بالمرّة ما لم تتزوج أو يبرأ أو تمضي سنة ، سواء كان السبب الداعي إلى الطلاق من جهته أو من جهتها ، فإنها تراثه في هذه الصورة ، وهو مردود بالأخبار المتقدمة التي من جهتها هذا الخبر ، ومن هنا تنظر ابن إدريس هنا .

السادسة : نقل في المختلف عن الصدوق في المقنع أنه قال في المختلعة : ولا تخرج من بيتها حتى تنقضي عدتها ، وإذا طلقها فليس لها متعة ولا نفقة ولا سكنى . ثم اعترضه فقال : والجمع بين الكلامين مشكل ، والوجه أن لها الخروج لأنه طلاق بائن ، انتهى .

ومما يدل أنه لا سكنى لها ولا نفقة مارواه في من لا يحضره الفقيه ^(٢) عن رفاعة بن موسى في الصحيح « أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المختلعة ، ألها سكنى ونفقة ؟ فقال : لا سكنى لها ولا نفقة » .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٣٥ ب ١٥ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٤ ب ١٣ ح ١ .

ومارواه في الكافي^(١) عن رفاة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المختلعة لاسكنى لها ولا نفقة .

وإذا ثبت أن لاسكنى لها على الزوج بل لها أن تسكن حيث شاءت، فكيف يوجب عليها أن لا تخرج من بيتها الذي هو عبارة عن بيت زوجها كما تقدم؟ إلا أنه قد ورد ما ينافي هذه الأخبار مما يدل على كلام الصدوق - رحمه الله عليه - ومنه مارواه في الكافي^(٢) عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في المختلعة قال: عدتها عدة المطلقة، وتعتد في بيتها، والمختلعة بمنزلة المباراة .

وعن زرارة^(٣) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن عدة المختلعة، قال: عدة المختلعة عدة المطلقة وتعتد في بيتها، والمباراة بمنزلة المختلعة .

ومارواه الشيخ^(٤) في الصحيح عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة المباراة والمختلعة والمخيرة عدة المطلقة، ويعتدون في بيوت أزواجهن .

وهي كما ترى صريحة فيما ذكره الصدوق، إلا أن الجمع بين الأمرين كما عرفت لا يخلو من الاشكال، والروايات الأولى أوفق بأصول المذهب، لأنها بائن بالاتفاق نصاً وقبوى، فلا سكنى لها ولا نفقة لها .

واحتمل شيخنا المجلسي - رحمه الله عليه - في حواشيه على كتب الأخبار حمل الروايات الأخيرة على الاستحباب، قال: وإن كان القول بظاهرها لا يخلو من قوة. وفيه ما عرفت من أن هذه الأخبار مع معارضتها بالأخبار الأولى مخالفة لأصول المذهب .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٥ ب ١٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ ح ٦؛ التهذيب ج ٨ ص ١٣٦ ح ٧٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٢ ب ١٠ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٤ ح ٤، التهذيب ج ٨ ص ١٣٦ ح ٧١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٣ ب ١٠ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٣٦ ح ٧٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٣ ب ١٠ ح ٥ .

و ظاهر المحدث الكاشاني الميل إلى حمل هذه الأخبار الأخيرة على التقيّة بقرينة الخبر الأخير ، وعدة المخيرة فيه ، مع أنّه لا تخير عندنا ، وهو وإن كان لا يخلو من قرب إلا أن الأشكال باقي في المقام ، ولا يحضرنى الآن مذهب العامة ، فلعلّه كما دلت عليه هذه الأخبار ، والله العالم .

المقصد الثاني في المباراة

وأصلها المفارقة ، وهي هنا عبارة عن الطلاق بعوض مع كراهة كل من الزوجين الآخر ، ولها أحكام تخصّها ، وأحكام تشارك الخلع فيها ، وأنا أذكر أولاً ما وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بها ثم أردفها إن شاء الله بما يتعلّق بها من الأبحاث في المقام .

الأول: مارواه ثقة الاسلام ^(١) في الموثق عن سماعة قال: سألته عن المباراة كيف هي؟ فقال: تكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره ويكون قد أعطاهما بعضه فيكره كلّاً منهما صاحبه، فتقول المرأة لزوجها ما أخذت منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك، وبارئك ، فيقول الرجل لها: فإن رجعت في شيء ممّا تركت فأنا أحقّ ببيعتك . ورواه الشيخ في التهذيب عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام مثله .

الثاني: عن محمد بن مسلم ^(٢) في الصحيح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة قالت لزوجها: لك كذا وكذا وخلّ سبيلي ، فقال . هذه المباراة .

الثالث: عن أبي بصير ^(٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المباراة تقول

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠١ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٤ ب ٤ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٠ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ ح ٤ .

المرأة لزوجها : لك ما عليك واطر كني أو تجعل له من قبلها شيئاً فيتر كها ، إلا أنه يقول : فإن ارتجعت في شيء فأنا أملك ، ولا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه .

الرابع: عن عبدالله بن سنان ^(١) في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المباراة تقول لزوجها: لك ما عليك وبارئني فيتر كها، قال: قلت: فيقول لها: إن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببيضعك؟ قال: نعم .

الخامس: ما رواه في من لا يحضره الفقيه ^(٢) في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المباراة أن تقول لزوجها: لك ما عليك واطر كني فيتر كها، إلا أنه يقول: إن ارتجعت في شيء منه فأنا أملك ببيضعك، ثم قال في الفقيه: وروي أنه لا ينبغي له أن يأخذ منها أكثر من مهرها، بل يأخذ منها دون مهرها.

السادس: وما رواه في الكافي والتهذيب ^(٣) عن أبي الصباح الكناني قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: إن بارأت امرأة زوجها فهي واحدة وهو خاطب من الخطاب. السابع، ما رواه في التهذيب ^(٤) عن إسماعيل الجعفي عن أحدهما عليهما السلام قال: المباراة تطليقة بائن وليس فيها رجعة .

الثامن: عن زرارة ومحمد بن مسلم ^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المباراة تطليقة بائن وليس في شيء من ذلك رجعة .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٨ ح ٥.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٦ ح ١ و٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٠ ب ٨ ح ١ و٢ وفيهما اختلاف يسير.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٠١ ح ٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٩ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٠٢ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٩ ح ٢.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٠٢ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٦ ح ٦.

التاسع: عن زرارة وعجدة بن مسلم ^(١) عن أحدهما عليهما السلام قال: لا مباراة إلا على طهر من غير جماع بشهود.

العاشر: عن عمران ^(٢) قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يحدث يقول: المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما؛ لأن العصمة منهما قد بانت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج.

الحادي عشر: عن جميل بن دراج ^(٣) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق.

الثاني عشر: ما رواه في الكافي ^(٤) عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: المباراة يؤخذ منها دون الصداق والمختلعة يؤخذ منها ماشاءت أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر، وإنما صارت المباراة يؤخذ منها دون الصداق، والمختلعة يؤخذ منها ماشاء، لأن المختلعة تعتدي في الكلام وتكلم بما لا يحل لها.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع:

الاول: لاختلاف في أن المباراة مشروطة بكراهة كل من الزوجين الآخر، وهذا الشرط مقطوع به في كلامهم، وعليه يدل الخبر الأول، وكذا ظاهر الآية - أعني قوله عز وجل ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ^(٥) - فإن مورد الآية الخلع والمباراة، وقد اسند خوف

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٠٢ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٨ ب ٦ ح ٧.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٠٢ ح ٢٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٩ ح ٣ وفيهما سمعت أبا جعفر عليه السلام يتحدث قال:.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٠٢ ح ٢٥، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠١ ب ٩ ح ٤.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٤٢ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠١ ح ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩٣ ب ٤.

(٥) سورة البقرة - آية ٢٢٩. ح ١.

عدم إقامه الحدود الذي هو كناية عن الكراهة إلى كل منهما في حق الآخر. وهذا من جملة المواضع التي يفارق فيها المباراة الخلع ، حيث إنه يشترط هنا الكراهة من الطرفين وفي الخلع من طرف المرأة خاصة .

الثاني : المشهور بل ادعى عليه الاجماع كما صرح به المحقق في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه وجوب إلتباع المباراة بلفظ الطلاق ، وأنه لا يعتد بها بدونه ، مع أن المحقق في النافع وهو متأخر عن الشرائع نسب القول بذلك إلى الأكثر ، وفيه إيدان بعدم تحقق الاجماع المدعى ، وأنه لا دليل على ذلك إلا مجرد الشهرة . والشيخ - رحمه الله عليه - قال في التهذيب بعد أن أورد الروايات الدالة على عدم الإلتباع بالطلاق ومنها الخبر العاشر والحادي عشر قال : قال محمد بن الحسن : الذي أعمل عليه في المباراة ما قدمنا ذكره في المختلعة ، وهو أنه لا يقع بها فرقة ما لم يتبعها بطلاق ، وهو مذهب جميع أصحابنا المحققين من تقدم منهم ومن تأخر ، وليس ذلك منافياً لهذا الخبر الذي ذكرناه - وعنى به رواية جميل - لأن قوله « المباراة تكون من غير أن يتبعها بالطلاق » لا يفيد أنه تقع الفرقة بينهما بذلك - إلى أن قال : - ولو كان صريحاً بالفرقة لكننا نحمله على ضرب من التقيّة كما قدمنا في باب الخلع .

وقال في الاستبصار : وهذه الأخبار أوردناها على ما رويت ، وليس العمل على ظاهرها لأن المباراة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق ، وإنما تؤثر في ضرب من الطلاق في أن يقع بائناً لا يملك معه الرجعة ، وهو مذهب جميع فقهاء أصحابنا المتقدمين منهم والمتأخرين لا تعلم خلافاً بينهم في ذلك ، والوجه فيها أن يحملها على التقيّة لأنها موافقة لمذهب العامة ، ولنا نعمل به ، انتهى .

ويشكل أولاً بعدم الدليل على ما ذكره من الأخبار المذكورة ، وهي أخبار المسألة كمالاً ، بل هي في خلافه ما بين صريح الدلالة وظاهرها ، فمن الأول الخبر العاشر والحادي عشر ، ومن الثاني الخبر الأول والثاني والثالث والرابع والخامس ،

فإنما اشتملت عليه من أنها تقول كذا ، ويقول الزوج كذا هو صيغة المباراة التي يترتب عليها حكمها مع استكمال باقي الشرائط من الطهارة والاشهاد ، وكونها في طهر لم يقر بها فيه وهم - رضوان الله عليهم - قد صرحوا بأن صيغة المباراة بأن يقول : بارأئك على كذا فأنت طالق .

وقال السيّد السند في شرح النافع - بعد نقل هذه الصيغة في كلام المصنف - ما لفظه : الكلام في صيغة المباراة كما في الخلع من افتقارها إلى اللفظ الدال عليه من قبل الزوج ، والاستدعاء أو القبول من جهة المرأة .

مع أن ظاهر هذه الأخبار كما ترى أن هذه صيغة المباراة التي يترتب عليها أحكامها ، لأن هذا الأخبار قد تضمنت أن المباراة التي يترتب عليها الأحكام عبارة عن هذه القول منها ومنه ، وليس في شيء منها تعرض للفظ الطلاق والاستدعاء المرأة أو قبولها ، كما ذكره السيّد السند وغيره ، وعلى هذا النحو باقي أخبار المسألة من قولهم ~~بأن يقول~~ «المباراة تطليقة بائن ليس فيها رجعة» ونحو ذلك فإنه قد رتب الحكم فيها على المباراة الصادقة لما ذكرناه من الأقوال التي اشتملت عليها تلك الأخبار ونحوها .

وبالجملة فإنه لا يشم لهذا الطلاق رائحة من أخبار المسألة فضلاً عن الدلالة عليه ، بل هي في عدمه أظهر من أن ينكر .

وثانياً ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من أن المباراة لا يستعملها العامة ، ولا يعتبرون فيها ما يعتبره أصحابنا بل يجعلونها من جملة كنايات الخلع أو الطلاق ، وحينئذ فكيف يتم حمل ما ورد من أحكامها على التقيّة ، وأنت قد عرفت فيما تقدم من أخبار الخلع أن بعضها دال على الاتباع بالطلاق كما يدعونه ، إلا أن الأكثر الأصح منها على العدم ، وأمّا في هذا الباب فلا دلالة في شيء من أخباره كما عرفت على ما ذكره .

وبالجملة فإنه لم يبق في معارضة هذه إلا ما يدعونه من الإجماع وقد عرفت

ما فيه من الجدل والنزاع ، ويظهر من شيخنا الشهيد الثاني المناقشة في هذا الاجماع ^(١) وعدم تسيلمه في أمثال هذه المقامات وهو كذلك، وهذا الموضع أيضاً أحد مظاهر الفرق بين الخلع والمباراة بالنظر إلى أنه في الخلع قد وقع الخلاف في وجوب الاتباع بالطلاق وعدمه ، وفي المباراة قد وقع الاجماع على وجوب الاتباع ، وكل من قال في الخلع بالعدم أوجه في المباراة ، وفيه ما عرفت ممّا أوضحنا تحقيقه .

الثالث : اختلف الأصحاب فيما يؤخذ من فدية المباراة بعد الاتفاق على أنه لا يجوز له الزيادة على ما أعطاه ، فالمشهور أنه يجوز له المهر فمادونه .
وذهب جمع من الأصحاب إلى أنه لا يؤخذ إلا دون ما دفع إليهما ، ونقله في المختلف عن الشيخ علي بن بابويه في الرسالة ، قال : قال الشيخ علي بن بابويه في رسالته في المباراة : وله أن يأخذ منها دون الصداق الذي أعطاه ، وليس له أن يأخذ الكل .

وممن صرح بجواز أخذ المهر كمالاً الشيخ المفيد وابن إدريس ، وهو المشهور بين المتأخرين .

وقال الصدوق في المقنع : ولا ينبغي له أن يأخذ منها أكثر من مهرها بل يأخذ منها دون مهرها . وهو الظاهر من كلام الشيخ في النهاية وابن أبي عقيل وابن حمزة ، وهذا القول إنما تعرض فيه للأكثر والأقل خاصة ، وأمّا جميع ما أعطاه من غير زيادة ولا نقصان فهو مجمل فيه .

والذي يدل على القول المشهور الخبر الثالث ، وهو صحيح صحيح في ذلك ، وما ذكره السيّد السند في شرح النافع - من أنه ضعيف لاشتراك أبي بصير - مردود

(١) حيث قال - بعد نقله عن المصنف في النافع والعلامة في كتبه دعوى الإجماع وأنه في المختصر نسبته إلى قول مشهور - ما صورته : وهو المناسب لتحقيق المصنف فإنه لا يعتد بالإجماع بمثل هذه الشهرة كما نبه عليه في المعبر ونهى عن الاغترار بذلك انتهى . (منه - قلنس سره -).

بأن الراوي عن أبي بصير هنا عبد الله بن مسكان وهو من قرائن ليث المرادي الثقة الجليل. ويدل على ما ذهب إليه الشيخ علي بن بابويه الخبر الثاني عشر وهو صحيح أو كالصحيح، لأن حسنه إنما هو بإبراهيم بن هاشم، وما قدح به في الخبر المذكور في المسالك - من أنه مقطوع - مردود بأنه وإن كان كذلك في التهذيب ومنه نقل، إلا أنه في الكافي كما نقلناه متصل لا قطع فيه.

ومن هنا يظهر لك أن ما رجحة في المسالك من العمل بصحيفة أبي بصير بناءً على رد هذه الرواية بالقطع ليس في محله، وما رجحته سببه من العمل بهذه الرواية بناءً على نقله لها من الكافي، وهي حسنة عنده كالصحيح بناءً على طعنه في صحيفة أبي بصير باشتراك الراوي ليس في محله أيضاً، لما ذكرناه من القرينة على أنه ليث المرادي الثقة الجليل، ولهذا وصفها في المسالك بالصحة، وبذلك يظهر لك تصادم الخبرين المذكورين مع صحتهما معاً في البين، وأنه لا وجه لترجيح أحدهما على الآخر من حيث السند.

ويمكن الجمع بينهما بحمل رواية الأقل من المهر على الأفضل، وإن جاز له أخذ الجميع، وهذا الموضع أحد مظاهر الفرق بين الخلع والمباراة كالموضع الأول. الرابع: قال المحقق في الشرائع - بعد ذكر الصيغة وأنها عبارة عن أن يقول بارتائك على كذا فأنت طالق - : ولو اقتصر على قوله أنت طالق بكذا صح، وكان مباراة، إذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافرة بين الزوجين.

أقول: قد عرفت ممّا قدمنا في كتاب الخلع أن الفرقة الحاصلة بالخلع أو المباراة لا تنحصر في لفظ الخلع أو المباراة، بل كلما أفاد هذا المعنى من الألفاظ متى استكمل باقي الشروط فإنه يترتب عليه حكم تلك الفرقة الخاصة، ومن ذلك قوله أنت طالق بكذا فإن استكمل شرائط الخلع كان خلعاً، وإن استكمل شرائط المباراة كان مباراة.

وبالجملة فإن الطلاق بعوض وإن لم يرد بخصوصه في الأخبار إلا أنه

لا يخرج عن أحدهما حسبما قدمنا تحقيقه في الموضع الرابع من المقام الأول في صيغة الخلع .

وما ذكره في المسالك هنا بناءً على ما ذهب إليه من وجوده في مادة غيرهما حيث قال : ولو قيل بصحته مطلقاً حيث لا يقصد به أحدهما كان وجهاً لعموم الأدلة قد قدمنا ما فيه مما يكشف عن بطلان باطنه وخافيه .

الخامس : الظاهر أنه لا خلاف في أن جميع ما ذكر من الشروط المعتبرة في صحة الطلاق فإنها تعتبر في المباراة أيضاً ، وكذا ما يترتب على الخلع من بينوته بعد استكمال شرائط فإنها تترتب على المباراة كذلك ، وكذا ما تقدم من أنه ليس للزوج الرجوع إلا أن ترجع هي في البذل .

ومما يدل على بينوته بذلك الخبر السابع والثامن والعاشر ، وعلى الاشتراط بشروط الطلاق قول زرارة في الخبر الثامن وقوله ^{إلى} في الخبر التاسع ، وعلى رجوعه برجوعها الاشتراط المذكور في جملة منها .

بقي أن ظاهر هذه الأخبار إثباتاً هو الرجوع في شيء مما أعطاها ، وهو ظاهر في الترتيب على الرجوع في البعض ، وقد تقدم الكلام فيه ، وبيننا أن الظاهر حمل «من» هنا على البيانية لا التبعية ، ولم أقف على من تعرض للكلام في ذلك إلا شيخنا في المسالك ، فقال هنا - زيادة على ما تقدم في الخلع - : وفي هذه الأخبار التي ذكرناها سابقاً في المباراة ما يدل على جواز رجوعه في الطلاق متى رجعت في شيء من البذل وإن لم يكن جميعه ، وقد تقدم ما فيه في الخلع ، انتهى .

أقول : مقتضى الوقوف على ظاهر هذه الأخبار المتفقة على هذه العبارة هو تخصيص الرجوع برجوعها في البعض خاصة ، إذ ليس سواها في الباب ، ولا قائل به ، بل ظاهرهم التخصيص بالجميع ، ولا يخرج عن هذا الاشكال إلا بما ذكرنا من حمل «من» على البيانية ، والظاهر أنه هو الذي فهمه الأصحاب - رحمة الله عليهم - من هذه العبارة ، والله العالم بحقائق أحكامه .

كتاب الظهار

قال في كتاب المصباح المنير^(١) : ظاهر من امرأته ظهاراً مثل قاتل قتلاً ، ونظهر: إذا قال لها: أنت عليّ كظهر أمي، إنما خص ذلك بالظهر لأن الظهر من الدابة موضع الركوب، والمرأة من كوبة وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع، وهو استعارة لطيفة، فكأنه قال: ركوبك للنكاح حرام عليّ، وكان الظهار طلاقاً في الجاهلية، فنهوا عن الطلاق بلفظ الجاهلية وأوجب عليهم الكفارة تغليظاً في النهي، انتهى.

وفي المسالك أيضاً: إنّه كان طلاقاً في الجاهلية كالإيلاء، فغيّر الشرع حكمه إلى تحريمها لذلك ولزوم الكفارة بالعود كما سيأتي، انتهى.

وقيل في تعريفه: إنّه تشبيه الزوج المكلف زوجته ولو مطلقه رجعية في العدة بظهر أمه، وقيل وبمحرمه نسباً أو رضاعاً على ما سيأتي ذكره من الخلاف، ولا خلاف بين العلماء في تحريمه.

والأصل في قوله عز وجل والذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هنّ أمهاتهم إن أمهاتهم إلاّ اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً^(٢) وقد

(١) المصباح المنير ص ٥٣٠. (٢) سورة المجادلة - آية ٢.

دلت الآية على أنه منكر وزور ، ولا ريب في تحريم كل منهما ، ونقل في الشرائع قولاً بأنه محرم ، ولكن يعنى عن فاعله يعنى في الآخرة ، فلا يعاقب عليه استناداً إلى قوله تعالى في آخر الآية «وإن الله لعفو غفور» .

قال في المسالك : وهذا القول ذكره بعض المفسرين ولم يثبت عن الأصحاب ثم تنظر فيه بأنه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو والغفران فعليتهما بهذا النوع من المعصية ، وذكره بعده لا يدل عليه . نعم لا يخلو من باعث على الرجاء والطمع في عفو الله تعالى ، إلا أنه لا يلزم منه وقوعه به بالفعل ، ونظائره في القرآن كثيرة مثل قوله تعالى «وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً»^(١) مع أنه لم يقل أحد بوجوب عفوهم عن هذا الذنب المذكور قبله - إلى أن قال : - والحق أنه كغيره من الذنوب أمر عقابها راجع إلى مشيئة الله تعالى ، انتهى .

والسبب في نزول هذه الآية ما رواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره^(٢) بسنده المذكور فيه عن حران عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إن امرأة من المسلمين أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت : يا رسول الله إن فلاناً زوجي وقد نثر له بطني وأعنته على دنياه وآخرته ، لم ير مني مكرهاً ، أشكوه إليك ، قال : فيم تشكونيه؟ قالت : إنته قال : أتت علي حرام كظهر أمي ، وقد أخرجني من منزلي فأنظر في أمري ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله : ما أنزل الله تبارك وتعالى كتاباً أقضي فيه بينك وبين زوجك ، وأنا أكره أن أكون من المتكلفين ، فجعلت تبكي وتشتكي ما بها إلى الله عز وجل وإلى رسول الله صلى الله عليه وآله وانصرفت ، قال : فسمع الله تبارك وتعالى

(١) سورة الأحزاب - آية ٥ .

(٢) تفسير القمي ج ٢ ص ٣٥٣ ط النجف الأشرف وفيه اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٦ ب ١ ح ٢ لحد قوله «هذا حد الظهار» مع اختلاف يسير وأما بقية الحديث فمذكور في ص ٥٠٩ ب ٢ ح ١ .

مجادلتها لرسول الله ﷺ في زوجها وما شكت إليه ، وأتزل الله عز وجل في ذلك قرآناً «بسم الله الرحمن الرحيم * قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما - إلى قوله - وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور» قال : فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة ، فأنته فقال لها : جيئني بزوجه ، فأنت به ، فقال له : أقلت لامرأتك هذه أنت علي حرام كظهر أمي ؟ فقال : قد قلت لها ذاك ، فقال له رسول الله ﷺ : قد أتزل الله فيك وفي امرأتك قرآناً وقرأ : «بسم الله الرحمن الرحيم * قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير * الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وإن الله لعفو غفور» فضم إليك امرأتك ، فأنت قد قلت منكراً من القول وزوراً ، وقد عفا الله عنك وغفر لك ولا تعد ، قال : فانصرف الرجل وهو نادم على ما قال لامرأته .

وكره الله عز وجل ذلك للمؤمنين بعدوا أتزل الله الذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، يعني ما قال الرجل الأول لامرأته أنت علي حرام كظهر أمي ، قال : فمن قالها بعدما عفا الله وغفر للرجل الأول ، فإن عليه وتحرير رقية من قبل أن يتماساً يعني مجامعتها ذلكم توعظون به والله بما تعملون خير * فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماساً فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً قال : فجعل عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا ، ثم قال ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله ، قال : هذا حد الظهار . وقال حران : ^(١) قال أبو جعفر عليه السلام : ولا يكون ظهار في يمين ، ولا في إضرار ، ولا في غضب ، ولا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين .

ورواه ثقة الاسلام في الكافي ^(٢) في الحسن عن حران عن أبي جعفر عليه السلام مثله .

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ١ وفيه اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٢ ح ١ وفيه اختلاف يسير .

وأنت خير بأن المفهوم من هذا الخبر أن ذكر العفو والمغفرة في آخر هذه الآية إنما هو بالنسبة إلى ذلك الرجل الأول الذي كان هو السبب في نزول الآية لا بالنسبة إلى كل من ظاهر، فإن هذا الرجل المشار إليه كان جاهلاً بتحريم ذلك، ومن ثم عفا الله عنه، وأما من علم بعد ذلك فإنه لا يدخل تحت الآية، بل يجب عليه الكفارة عقوبة لما ارتكبه من ذلك الفعل المحرم كما صرح به الإمام في الخبر المذكور.

وبما ذكرناه من التفصيل يظهر لك ما في كلام شيخنا المتقدم ذكره من الاجمال، وأن الفاعل لذلك مطلقاً تحت المشيئة، فإنه لا معنى له، إذ الأول كما عرفت معفو عنه لجهله، والثاني حيث كان عالماً بتحريم ما ارتكبه فإنه يجب عليه الكفارة عقوبة لما ارتكبه، فلا معنى لقياس هذا الفرد على غيره من الذنوب الداخلة تحت المشيئة، بل الحكم فيه بمقتضى الخبر المذكور هو ما عرفت.

وروى الصدوق في من لا يحضره الفقيه ^(١) بطريقه إلى ابن أبي عمير عن أبان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله يقال له أوس ابن الصامت، وكانت تحته امرأة يقال لها خولة بنت المنذر، فقال لها ذات يوم: أنت علي كظهر أمي، ثم ندم وقال لها: أيتها المرأة ما أظنك إلا وقد حرمت علي فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله إن زوجي قال لي: أنت علي كظهر أمي، وكان هذا القول فيما مضى يحرم المرأة على زوجها، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أظنك إلا وقد حرمت، فرفعت المرأة يدها إلى السماء فقالت: أشكو إلى الله فراق زوجي، فأنزل الله عز وجل يا محمد قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها، الآية، ثم أنزل الله عز وجل الكفارة في ذلك فقال والذين يظاهرون من نسائهم الآية.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٤ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٦ ب ١ ح ١.

أقول: يمكن حمل إجمال الخبر الأول على هذا الخبر المذكور فيه اسم الرجل والمرأة فتكون القصة واحدة، وإن فصلت أحكامها في الرواية الأولى واجملت في الثانية، وإلا فيشكل الجمع بينهما لو تعددت القصة.

وروى المرتضى علي بن الحسين في رسالة المحكم والمتشابه^(١) نقلاً من تفسير النعماني بإسناده إلى علي عليه السلام قال: «وأما المظاهرة في كتاب الله عز وجل فإن العرب كانت إذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت عليه إلى آخر الأبد، فلما هاجر رسول الله ﷺ كان بالمدينة رجل من الأنصار يقال له أوس بن الصامت، وكان أول رجل ظاهر في الإسلام فجرى بينه وبين امرأته كلام، فقال لها: أنت علي كظهر أمي، ثم إنته ندم على ما كان منه، فقال: ويحك إنا كنا في الجاهلية نحرم علينا الأزواج في مثل هذا قبل الإسلام، فلو أتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك، فجاءت المرأة رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: ما أظنك إلا وقد حرمت عليه إلى آخر الأبد، فجزعت وبكت، وقالت: أشكو إلى الله فراق زوجي، فأترل الله عز وجل قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها - إلى قوله - والذين يظاهرون من نسائهم الآية، فقال رسول الله ﷺ: قولي لأوس زوجك يعتق نسمة فقالت: وأنتى له نسمة، والله ما له خادم غيري، قال: فيصوم شهرين متتابعين، قالت: إنته شيخ كبير لا يقدر على الصيام، قال: فمريه فليصدق على ستين مسكيناً فقالت: وأنتى له الصدقة، فوالله ما بين لابتيها أحوج منّا، قال: فقولي له: فليمض إلى أم المنذر فليأخذ منها شطروسق تمر فليصدق على ستين مسكيناً الحديث.

أقول: هذا الخبر لا يخلو من الاشكال، فإن ما تضمنه من وجوب الكفارة يردّه ظاهر الآية بالتقريب الذي قدمنا ذكره، وما صرح به في الخبر الأول من العفو والمغفرة عن الأول، وأن الكفارة إنما على من علم بالتحريم بعد هذه القصة ثم ظاهر لقوله عليه السلام «فمن قالها بعد ما عفا الله وغفر للرجل الأول فإن عليه تحرير

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٨ ب ١ ح ٤ وفيه «تسأليه» بدل «فسألته».

رقبة - إلى أن قال : - فجعل عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا « الحديث ، وأيضاً فإنّ الظاهر أن الظهار هنا لم يستجمع شرائط الظهار الموجبة للتكفير ، سيما الشاهدين فإنه لم يتقرر بعد ، وإنما تقرر ورتبت عليه الأحكام بعد هذه القضية . إذا تقرر ذلك فاعلم أن البحث في هذا الكتاب يقع في الصيغة والمظاهر والمظاهرة ، وما يترتب على ذلك من الأحكام ، فها هنا مطالب أربعة :

الاول في الصيغة :

لا خلاف ولا إشكال في انعقاد الظهار بقوله أنت علي كظهر أمي ، قيل وفي معنى علي غيرها من الألفاظ كمنّي وعندي ولدي ومعّي ، وكذا يقوم مقام أنت ما شابهها من الألفاظ الدالة على تمييزها من غيرها كهذه أو فلانة . ولو قال : أنت كظهر أمي بحذف حرف الصلة فالأكثر على أنه ظهار ، واستشكله العلامة في التحرير ، ووجهه في المسالك بأنه مع ترك حرف الصلة يحتمل أنه أراد كونها محرمة على غيره حرمة ظهر أمه عليه . وفيه أن الاحتمال لا ينافي الظهور ، والظاهر المتبادر من هذا اللفظ إنما هو إرادة التحريم على نفسه الذي به يصدق الظهار ، والعمل إنما هو على الظاهر في جميع الموارد .

بقي هنا مواضع وقع الخلاف فيها: ما لو شبهها بظهر غير الأم من المحارم نسباً أو رضاعاً .

ف قيل بأنه لا يقع ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف وابن إدريس في السرائر ، محتجاً عليه بأن الظهار حكم شرعي ، وقد ثبت وقوعه إذا علق بالظهر واضيف إلى الأم ، ولم يثبت ذلك في باقي الأرحام ولا المحرمات .

واستدل له بعض الأصحاب بما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن سيف التمار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٨ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ ح ٣ .

وقال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته أنت علي كظهر اختي أو عمتي أو خالتي؟ قال: فقال: إنما ذكر الله الأمهات، وأن هذا الحرام.

ورد ذلك جملة من المتأخرين منهم السيد السند في شرح النافع وقبله جده في المسالك ومن تأخر عنهما بأن الرواية غير دالة على ذلك بل هي بالدلالة على نقيضه أشبه، فإن الظاهر من قوله «وأن هذا الحرام» في هذه الرواية إنّه ظهار محرم وإن لم يكن ذكره الله في كتابه.

أقول: ومن المحتمل قريباً إن لم يكن هو الأقرب أن الإشارة في الخبر إنما توجهت إلى الذي ذكره في كتابه ورتب عليه الظهار إنما هو الام وهو الحرام والمعنى أن الذي ذكره في كتابه ورتب عليه الظهار إنما هو الام وهو الحرام الذي أشار إليه عز وجل بقوله «وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً» لا الاخت ونحوها، هذا هو الظاهر من الخبر، وعليه بني الاستدلال. وأما ما ذكره فإنه وإن احتمل إلا أن الظاهر بعده، وعلى هذا يكون الخبر دليلاً للقول المذكور لا يعتبره فتور ولا قصور، إلا أنه معارض بغيره كما ستقف عليه.

وقيل بأنه يقع بالتشبيه بالمحرمات النسبية المؤيد تحریمهن، وهو قول ابن البر أج.

قال في المذهب: فإن شبهها بامرأة محرمة عليه على التأييد غير الأمهات كالبنيات وبنات الأولاد والاختوات وبناتهن والعمات والخالات، فعندنا أنهن يجزئن مجرى الأمهات، وأما النساء المحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة فالظاهر أنه لا يكون بهن مظاهر، انتهى.

ويدل على هذا القول صريحاً ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن زرارة وقال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال: هو من كل ذي محرم أم أو اخت

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٩١ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ ح ١.

أو عمة أو خالة ، ولا يكون الظهار في يمين ، قات : وكيف يكون؟ قال : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع أنت علي حرام مثل ظهر أمتي أو اختي ، وهو يريد بذلك الظهار .

ومارواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن جميل بن دراج قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقول لامرأته أنت علي كظهر عمته أو خالته ، قال : هو الظهار . وعن يونس عن بعض رجاله^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام ، في حديث يأتي ذكره قريباً قال : وكذلك إذا هو قال : كبعض المحارم فقد لزمته الكفارة . وقيل : بإضافة المحرمات الرضاعية إلى المحرمات النسبية ، وهو قول الأكثر على ما ذكره في المسالك ، ومثله سبطه في شرح النافع .

أقول : ممن ذكر هذا القول صريحاً الشيخ في المبسوط حيث قال : إذا شبهها بامرأة تحرم لأعلى التأييد كالمطلقة ثلاثاً أو اخت امرأته أو عمتها أو خالتها لم يكن مظاهراً بخلاف وإن شبهها بمحرمة على التأييد غير الأمهات والجدات كالبنات وبنات الأولاد والأخوات وبناتهن والعمات والخالات ، فروى أصحابنا أنهن يجزى من مجرى الأمهات . وأما النساء والمحرمات عليه بالرضاع أو المصاهرة فالذي يقتضيه مذهبنا أن من يحرم عليه بالرضاع حكمه حكم من يحرم بالنسب لقوله عليه السلام «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وأما من يحرم عليه بالمصاهرة فينبغي أن لا يكون مظاهراً لأنه لا دليل عليه ، ونحوه ابن حمزة^(٣) وابن الجنيدي

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠ ، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٢ ب ٤ ح ٤ .

(٣) قال ابن حمزة : لو شبهها بواحدة من المحرمات نسباً أو رضاعاً وقع ، وقال ابن الجنيدي : والظهار بكل من حرم الله عليه وطؤها بالنسب والرضاع واقع ، كقول الرجل أنت علي كظهر أمتي أو ابنتي أو مرضعتي أو ابنتها ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

فإنهما صرحا بذلك .

وأما باقي الأصحاب ممن نسب إليه هذا القول كالشيخ في النهاية والشيخ المفيد والصدوق فإنما هو من حيث الإطلاق، ونحوهم غيرهم كابن أبي عقيل وابن البراء في الكامل وسائر وأبي الصلاح وابن زهرة ، ويمكن أن يستدل على هذا القول زيادة على ما ذكره في المبسوط من حديث «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» بإطلاق مرسله يونس المذكورة ، وكذا إطلاق قوله إِلَّا فِي صَحِيحَةِ زُرَّارَةَ «هو من كل ذي محرم» ولا ينافيه تخصيص العد بالأم والاخت ومن معهما، لأن الظاهر أن ذلك إنما خرج مخرج التمثيل لا الحصر ، ولالزوم الحصر في هذه الأفراد المذكورة في الرواية ، والنص والاجماع على خلافه .

وقيل : بإضافة محرمات المصاهرة، وهو اختيار العلامة في المختلف ، حيث قال بعد نقل أقوال المسألة : والوجه عندي الوقوع إذا شبهها بالمحرمات على التأييد ، سواء النسب والرضاع والمصاهرة للاشتراك في العلة . والظاهر أنه أراد بها تأييد التحريم ، فإنه مشترك بين النسب والرضاع والمصاهرة .

وأورد عليه بأن هذه العلة مستنبطة فلا عبرة بها. نعم يمكن الاستدلال عليه بإطلاق صحيحة زرارة ورواية يونس المذكورتين ، لصدق كل ذي محرم على المحرمات بالمصاهرة ، و التمثيل بذوي المحرم النسبي لا يفيد الحصر فيه ، و ظاهر السيد السند الميل إلى هذا القول ^(١) لإطلاق الصحيحة المذكورة وهو غير بعيد، بل لا يخلو من قرب .

ومنها: أنه هل يقع بغير لفظ الظهر كأن يقول كبطن أمي أو يدها أو رجلها أو شعرها أم لا ؟ قولان :

(أولهما) للشيخ - رحمه الله - في الخلاف وجماعة مدعياً عليه في الخلاف إجماع

(١) وإلى يميل كلام جده في المسالك ، حيث قال بعد الاستدلال عليه بصحيحة زرارة بالتقريب المذكور: وفي هذا القول قوة. (منه - رحمه الله -).

الفرقة ، وأنته إذا قال ذلك وفعل ما يجب على المظاهر كان أحوط في استباحة الوطء وإذا لم يفعل كان مفرطاً .

و (ثانيهما) للسيد المرتضى - رضي الله عنه - في الانتصار مدعياً عليه الاجماع ، وتبعه ابن إدريس وابن زهرة وجمع من الأصحاب وعليه المتأخرون .
والذي وقفت عليه من الأخبار هنا ما رواه في الكافي ^(١) عن يونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل قال لامرأته أنت علي كظهر أمي أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككعبها ، أ يكون ذلك الظهار؟ وهل يلزمه فيه ما يلزم المظاهر؟ فقال : المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال هي عليه كظهر أمه أو كيدها أو كرجلها أو كشعرها أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم فقد لزمته الكفارة في كل قليل منها أو كثير ، وكذلك إذا هو قال كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفارة .

ومارواه الشيخ في التهذيب ^(٢) عن سدير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يقول لامرأته أنت علي كظهر أمي أو ككعبها أو كبطنها أو كرجلها ، قال : ما عني؟ إن أراد أنه الظهار فهو الظهار .

و هذان الخبران كما ترى ظاهران فيما ذهب إليه الشيخ ومن تبعه من وقوع الظهار بهذه الصيغة .

وجملة من المتأخرين كصاحب المسالك وسبطه ذكروا الرواية الثانية دليلاً للشيخ وردوها بضعف السند .

وأنت خبير بأن من لا يعمل بهذا الاصطلاح كالشيخ وأمثاله من المتقدمين وجملة من متأخري المتأخرين فإنه لا مناص له من العمل بالخبرين المذكورين لعدم المعارض في البين ، وغاية ما استدلل به لقول السيد المرتضى بأن الأصل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٧ ب ٩ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٧ ب ٩ ح ٢ .

الاباحة إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع ، وهو الظهر ، فيبقى الباقي على الأصل ولأن الظهار مشتق من الظهر ، فإذا علق بغيره بطل الاسم المشتق منه ، وهذه التعليقات عند من يعمل بالخبرين المذكورين غير مسموعة ، لأنها مجرد اجتهاد في مقابلة النصوص ، والأصل الذي اعتمده يجب الخروج عنه بالنص المذكور . إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم في هذا الموضع قد ذكروا صوراً عديدة تفريعاً على التشبيه ، والنسبة فيه من كونه بين الجملة والجملة أو الأجزاء والأجزاء أو الجملة والأجزاء ، ذلك مما ستقف عليه إن شاء الله تعالى .

الاولى : أن يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الام ، وهو أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، وهذا هو المتفق عليه إجماعاً نصاً وفتوى ، وقد تقدم ما الحق به مما هو في معناه من تبديل حرف الصلة وتبديل اللفظ الدال على التعيين . الثانية : أن يقع بين جملة الزوجة وجزء آخر من الام غير الظهر ، سواء كان مما لا يتم حياتها إلا به كوجهها ورأسها وبطنها أو يتم كيدها ورجلها ، وسواء حلته الحياة أم لا ، وهذه الصورة هي محل البحث المتقدم ، وقد عرفت الخلاف فيه وما يتعلق به من الأخبار .

الثالثة : أن يشبه الجملة بالجملة بأن يقول أنت علي كأمي ، أو بدئك أو جسمك علي كبدن أمي أو جسمها ، و في وقوع الظهار به قولان مبنيان على ماسبق ، والشيخ حيث قد حكم فيما سبق بالوقوع حكم به هنا ، قال : لأن صحته مع تشبيهه بتلك الأجزاء تستلزم صحته مع التشبيه بنفسها بطريق أولى لاشتمالها على تلك الأجزاء و زيادة ، ولاشتمال بجلتها على ظهرها الذي هو مورد النص ، فيدل عليه تضمناً .

واجب عنه بمنع الأصل و الأولوية ، فإن الأسباب الشرعية لانقاس ، ومنع من دخول الظهر في قوله أنت ، و جاز أن يكون لتخصيصه فائدة باعثة على الحكم ، و الأكثر كما ذكره في المسالك على عدم الوقوع بذلك لفوت الشرط وهو التشبيه بالظهر كما قد علم من السابق .

أقول : ونحن وإن اخترنا مذهب الشيخ ثمة لما عرفت من دلالة الخبرين المذكورين عليه إلا أن حمل هذه الصورة عليه كما ذكره لا يخرج عن ظلمة الالتباس المحتملة للوقوع في القياس .

الرابعة : أن يشبه بعض أجزاء الزوجة بجملة الأم كأن يقول يدك أو رأسك أو رجلك علي كأمي ، وفيه القولان السابقان . فالشيخ قال بصحته لأنه مر كآب من أمرين صحيحين ، وفيه منع ظاهر مما تقدم .

الخامسة : أن يشبه جزء الزوجة بظهر الأم بأن يقول بذلك وفرجك كظهر أمي ، وصحته الشيخ أيضا بطريق أولى ، والأشهر الأظهر العدم لما عرفت .

السادسة : أن يشبه الجزء بالجزء كأن يقول يدك علي كيد أمي ، وصحته الشيخ مع قصد الظهار ، ودليله مر كآب مما سبق ، والأشهر الأظهر العدم كما تقدم .
السابعة : أن يقع التشبيه بين الزوجة بصورها الست المذكورة وغير الأم من المحارم ، فإن وقع بين الجملة من الزوجة وبين الظهر من تلك المشبه بها فقد عرفت صحته مما تقدم .

وإن وقع بين الجملة من الزوجة والجزء من المحارم غير الظهر فالظاهر بطلانه ، ويظهر من المحقق ادعاء عدم الخلاف في ذلك .
وفي المختلف : (١) إن بعض علمائنا قال بوقوعه وآخرون بعدمه ، ونقل الخلاف في ذلك عن ابن إدريس .

وإن وقع بين الجملة والجملة بغير لفظ الظهر فالقولان ، وبالجملة فالظاهر الوقوف على موارد النصوص ، وإن ضعف سندها بهذا الاصطلاح المحدث ، والله العالم .

(١) قال في المختلف : لو شبهها بإحدى المحرمات غير الأم بغير لفظ الظهر كقوله أنت علي كيد اختي أو ابنتي قال بعض علمائنا : لا يقع ، وقال آخرون بالوقوع ، ونقلهما ابن إدريس ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

تنبيهات

الأول : لا خلاف في أن ما عدا من حرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهرة من المحرمات الغير المؤبدة فإنه لا يقع بهن ظهار ، وقد تقدم في عبارة الشيخ في المبسوط ما يدل على أنه لا خلاف فيه .

وقال في المسالك : أما من لا يحرم مؤبداً كاخت الزوجة وبنت غير المدخول بها ممّا يحرم جمعاً خاصةً فحكمهما حكم الأجنبية في جميع الأحكام لأنّ تحريمهما يزول بفراق الأم والأخت كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعاً ، ويحلّ له كل واحدة ممن ليست محرمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الأربع ، والأولى بعدم الوقوع تشبيهاً بعمّة الزوجة وخالتها ، لأنّ تحريمهما ليس مؤبداً عيناً ولا جمعاً مطلقاً بل على وجه مخصوص كما لا يخفى ، انتهى .

وأنت خير بأنّ ظاهر كلامهم يدور في صحّة المظاهرة وعدمها على كون المشبه بها مؤبدة التحريم وعدمه ، فإن كان تحريمها مؤبداً صحّ أن يشبه بهافي الظهار ، ويكون ظهاراً صحيحاً ، وإلا فلا .

وفيه أنّ هنا جملة من الأفراد التي تحريمها مؤبداً كما تقدم في كتاب النكاح مثل المطلقة تسعاً ، وأمّ من لاط به وبنته واخته ، ومن زنى بها وهي ذات بعل أو في عدة رجعية ، ونحو ذلك ممّا تقدم . فإنّ التحريم في الجميع مؤبّد وهي خارج عن الأفراد الثلاثة المتقدمة ، مع أنّ الظاهر أنّه لا يقع الظهار بالتشبيه بإحداهن اتفاقاً .

وبالجملة فإنّي لأعرف للتقييد بالتأييد هنا وجهاً وجيهاً ، بل ينبغي أن يجعل الحكم منوطاً بكلّ من خرج عن الأفراد الثلاثة سواء كان تحريمه مؤبداً أم لا ، فإنّه لا يقع الظهار به .

الثاني : ظاهر الأصحاب أنّه لا ريب في تحريم التشبيه بالجدّة لأب كانت أو

أمّ على تقدير القول بوقوع الظهار بالتشبيه بالمحرمات النسبية، وإنّما الكلام على تقدير الاختصاص بالأمّ فهل يتعدى إلى الجدة مطلقاً؟ وجهان :

(أحدهما) نعم ، لصدق الأمّ عليها في قوله حرمت عليكم أمّهاتكم ،^(١) فإنّ المراد بالأمّهات من ولدته بلا واسطة أو بواسطة وإن علت والأصل في الاستعمال الحقيقة ، ويؤيده أنهنّ يشاركن الأمّ في سقوط القصاص ووجوب النفقة .

(وثانيهما) لا ، لجواز سلبها عنها فيقال : ليست أمّي بل أمّ أبي أو أمّ أمّي ، ولقوله عزّ وجلّ ان أمّهاتهم إلّا اللاتي ولدتهنّ^(٢) وهي مفيدة للحصر .

وأنت خير بما في الثاني من القصور لضعف مستنده المذكور .

أمّا أول دليله فإنّه إن أراد بقوله «ليست أمّي» إن أراد على الإطلاق منعنا السلب ، وهو أول المسألة ، فالاستدلال به مصادرة محضة ، وإن أراد به يعني بلا واسطة بل هي أمّي بالواسطة فلا ضير فيه .

وأمّا ثاني دليله فلصدق ولادتها له بولادة أحد أبويه ، والمراد ولدنا بواسطة أو غير واسطة ، مع أنّ الحصر في ظاهر الآية إنّما هو إضافي بالنسبة إلى المظاهر من أمراته بكونها كآمة في التحريم عليه فلا تعلق لها بما نحن فيه ، وبذلك يظهر لك قوة الوجه الأول من الوجهين المذكورين .

الثالث: لا خلاف في أنّه يشترط في صحّة الظهار وترتب أحكامه عليه سماع الشاهدين لنطق المظاهر وأن يكون ظاهرها في طهر لم يقربها فيه .

ومن الأخبار الدالة على ما قلناه ما تقدم في صحيحة زرارة^(٣) من قوله **عَلَيْهَا** يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع: أنت عليّ حرام مثل طهر أمّي ، وهو يريد بذلك الظهار .

(١) سورة النساء - آية ٢٣ .

(٢) سورة المجادلة - آية ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ذيل ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٣ وما في المصادر زيادة «أو أختي» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ٢ .

ومارواه في الكافي^(١) في الحسن عن حمران في حديث «قال : قال أبو جعفر عليه السلام : لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب ، ولا يكون ظهار إلا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» .
وما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن ابن فضال عن ابن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام : لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق» .
ورواه الصدوق^(٣) بإسناده عن ابن فضال وعن حمزة بن حمران عن أبي جعفر عليه السلام ، في حديث «قال : لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» .
ورواه الصدوق^(٤) بإسناده عن الحسن بن محبوب عن أبي ولاد عن حمزة بن حمران مثله .

وما دل عليه ظاهر هذين الخبرين من الاكتفاء بإسلام الشاهدين يجب حمله على التقيّة لما دلت عليه الآية وجملة من الأخبار الصحيحة من اشتراط العدالة التي هي أمر زائد على الإسلام، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام في بحث صلاة الجمعة من الجلد الثاني من كتاب الصلاة^(٥) .
الرابع : لا خلاف بين الأصحاب - رضوان الله عليهم - في أنّه لا ينعقد الظهار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٢ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠ ح ٨ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٢ رواه مرسلًا وفيه «إلا على موضع الطلاق» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ذيل ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ذيل ح ٢٠ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٨ ص ١٠ ذيل ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٢ ح ٤ وما في المصادر «عن حمران» وليس فيها «ابن فضال» .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٢ ح ٤ وفيهما «عن حمران» .

(٥) الحقائق ج ١٠ ص ١٢ .

يقول الزوج كظهر أبي وأخي وعمتي ، وقد ذكر الأصحاب ذلك هنا تنبيهاً على خلاف بعض العامة ، حيث حكم بوقوع الظهار بالتشبيه بمحارم الرجال . وفيه (أولاً) أنه لا دليل عليه وأصالة الاباحة ثابتة حتى يقوم دليل على خلافها .

(وثانياً) أن الرجل ليس محل الاستمتاع ولا في معرض الاستحلال ، وهكذا لو قالت الزوجة أنت علي كظهر أبي أو أمتي فإنه لا يفيد التحريم إجماعاً ، لأن الظهار كالطلاق مختص بالرجال .

وعلى ذلك يدل أيضاً ما رواه ثقة الاسلام والصدوق في كتابيهما^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا قالت المرأة زوجي علي حرام كظهر أبي فلا كفارة عليها .

الخامس : اختلف الأصحاب في تعليق الظهار على الشرط كأن يقول إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت علي كظهر أمتي مريداً به التعليق ، فهل يقع الظهار متى وجد الشرط أم لا ؟ قولان .

اختار أولهما الشيخ في النهاية والخلاف والمبسوط والصدوق في المقنع وبه قال ابن حمزة والعلامة والمحقق في النافع ، ونقله في المسالك عن أكثر المتأخرين قال : إنه الأقوى ، وكذا اختاره سبطه في شرح النافع .

واختار ثانيهما المرتضى - رحمه الله عليه - في الانتصار والشيخ المفيد - رحمه الله - وابن البراج في كتابيه الكامل والمهذب وسلاور وأبو الصلاح وابن زهرة ، وهو ظاهر ابن الجنيدي ، وبه صرح ابن إدريس فقال : وهو الأنظر بين أصحابنا الذي يقتضيه أصول المذهب ، لأنه لا خلاف بينهم أن حكمه حكم الطلاق ، ولا خلاف بينهم أن الطلاق لا يقع إذا كان مشروطاً ، وهو اختيار السيد المرتضى وشيخنا

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٤ ب ٢١

المفيد وعليه جملة أصحابنا وهو اختيار المحقق في الشرائع وظاهره أنه قول الأكثر وأن القول الآخر نادر ، مع أنه في النافع وهو متأخر عن الشرائع جعل القول بالصحة مع الشرط أشهر الروايتين .

والأصل في الخلاف اختلاف أخبار المسألة المذكورة ، فالواجب ذكر ما وصل إلينا من أخبارها ثم الكلام فيها بما رزق الله تعالى فهمه منها يبركة أهل الذكركم عليهم السلام . ومنها ما رواه ثقة الاسلام في الكافي والشيخ في التهذيب ^(١) عن عبد الرحمن ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الظهار ضربان أحدهما فيه الكفارة قبل المواقعة ، والآخر بعدها ، فالذي يكفر قبل المواقعة الذي يقول أنت علي كظهر أمي ولا يقول : إن فعلت بك كذا وكذا . والذي يكفر بعد المواقعة هو الذي يقول : أنت علي كظهر أمي إن قربتك .

وما رواه الشيخ عن عبد الرحمن بن الحجاج ^(٢) قال الظهار على ضربين في أحدهما الكفارة إذا قال أنت علي كظهر أمي ولا يقول أنت علي كظهر أمي إن قربتك . وعن حرير ^(٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : الظهار ظهارة فاحدهما أن يقول أنت علي كظهر أمي ثم سكت ، فكذلك الذي يكفر قبل أن يواقع ، فإذا قال أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ففعل فعليه الكفارة حين يحنت . وهذه الروايات ظاهرة الدلالة على القول الأول ، ويؤيدها عموم الآيات الدالة على وقوع الظهار المتناولة لموضع النزاع ، وعموم ^(٤) المؤمنين عند شروطهم .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٧ وليس فيه « قبل أن يواقع » مع اختلاف يسير فيهما .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨ و ٩ .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن القاسم بن محمد الزيات قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إنني ظاهرت من امرأتي، فقال: كيف قلت؟ قال: قلت: أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا، فقال: لاشيء عليك فلا تعد. وما رواه في الكافي^(٢) في الموثق عن ابن بكير عن رجل من أصحابنا قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: إنني قلت لامرأتي أنت علي كظهر أمي إن خرجت من باب الحجرة فخرجت، فقال: ليس عليك شيء، قلت: إنني قوي على أن أكفره؟ فقال: ليس عليك شيء، إنني قوي على أن أكفر رقبته ورقبتين، قال: ليس عليك شيء قوي أو لم تقو.

والتقريب فيهما أن «شيئاً» في الخبرين نكرة في سياق النفي فتفيد العموم. وما رواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن ابن فضال عن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق. والتقريب فيه أن الطلاق لا يقع معلقاً على الشرط، وحينئذ فيجب أن يكون الظهار كذلك، لأنه كالطلاق بمقتضى الخبر المذكور.

وأجاب في المسالك ومثله سبطه في شرح النافع وقبلهما العلامة في المختلف عن الروايات بضعف السند، فلا تنهض حجة في مقابلة تلك الأخبار الصحاح، والآخر لا يدل على محل النزاع، إذ الظاهر أنه إنما يريد بموضع الطلاق الشرائط المعتمدة فيه من الشاهدين وطهارتهما من الحيض وانتقالها إلى غير طهر المواقعة، ونحو ذلك.

أقول: ما ذكره - قدس سره - من عدم ظهور الخبر الثالث في الدلالة لاحتماله لما ذكره جيد، وعليه يدل ما قدمناه من الأخبار في التنبيه الثالث. وأما الجواب عن الأخبار بضعف السند فهو جيد على تقدير العمل بهذا

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ و ١٥٨ ح ٢٤ و ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٧ و ١٨ و ١٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ و ٥٣٠ و ٥٣٢ ب ١٦ ح ٣ و ٤ و ١٣.

الاصطلاح المحدث ، و أما من لا يعمل به فلا بد له مع العمل بها من تأويلها بما
تجتمع به مع الأخبار الآخر ، و الشيخ - رحمه الله - في التهذيب بعد أن طعن في
الخبرين الأولين بضعف الاسناد تأويلهما بتأويلات بعيدة .

ومارواه الشيخ^(١) عن عبد الرحمن بن أبي نجران قال : سألت صفوان بن يحيى
عبد الرحمن بن الحجاج و أنا حاضر عن الظهار ، قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام
يقول : إذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي لزمه الظهار ، قال لها دخلت
أولم تدخلي خرجت أولم تخرجي أولم يقل شيئاً فقد لزمه الظهار .

أقول : الظاهر أن المراد من الخبر هي أن الظهار لازم بهذه الصيغة ، علقه
على شيء من الدخول أو عدمه أو الخروج أو عدمه أو لم يعلق ، وحينئذ فيكون
من أدلة القول الثاني .

و بالجملة فإنه على تقدير العمل بجملة هذه الأخبار كما هو المختار فإن
المسألة محل إشكال وإعضال ، لعدم حضور وجه وجهه مجتمع عليه في هذا المجال .
هذا مع إمكان أن يقال إنهم قد صرحوا - كما سيأتي ذكره بعد تمام
الكلام في هذه المسألة - بأن الظهار لا يصح مع قصد الحلف به وإن جعل يميناً
كما هو عند العامة ، و هو في الصورة يشارك التعليق على الشرط الذي هو محل
البحث ، وإنما يفارقه بالنية والقصد ، فإذا قال أنت علي كظهر أمي إن كلمت
فلاناً و إن تركت الصلاة فإن قصد به الزجر عن الفعل أو البعث عليه فهو يمين ،
وإن قصد به مجرد التعليق كان ظهاراً ، والأخبار وكذا كلام الأصحاب قد منعت
من الحلف بالظهار لأن الحلف لا يكون إلا بالله عز وجل ، والمخالفون على صحته
وصحة الحلف به .

وعلى هذا فمن المحتمل قريباً حمل صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج وصحيحة

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٤ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ١٢ وفيه عن عبد
الرحمن بن أبي نجران عن عبد الرحمن بن الحجاج قال : سمعت أبا عبد الله .

حريز على التقيّة ، بمعنى أن هذا الفرد المعلق على الشرط فيهما إنما هو من قبيل اليمين، وقد قصد به الزجر أو البعث على الفعل لا مجرد التعليق، وإن الحكم بصحته ووجوب الكفارة به في الخبرين المذكورين إنما هو على جهة التقيّة لأن العامة يحكمون بصحة الحلف به ، ويوجبون الكفارة بالحنث به ، وبذلك يتعاضم الاشكال في هذا المجال .

و إلى ما ذكرنا يميل كلام المحدث الكاشاني - رحمه الله عليه - في الوافي حيث استوجه حمل هذه الأخبار على التقيّة كما ذكرنا .

وروى في الكافي^(١) عن محمد بن أبي عبدالله الكوفي عن معاوية بن حكيم عن صفوان عن عبدالرحمن بن الحجاج قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : إذا حلف الرجل بالظهار فحنث فعليه الكفارة قبل أن يواقع ، فإن كان منه الظهار في غير يمين فإنما عليه الكفارة بعد ما يوافق .

قال في الكافي بعد نقل هذا الخبر : قال معاوية : وليس يصح هذا على جهة النظر والأثر في غير هذا الأثر أن يكون الظهار لأن أصحابنا روي أن الإيمان لا يكون إلا بالله ، وكذلك نزل بها القرآن ، انتهى .

وقال في الوافي بعد نقل هذا الكلام عن الكافي : أقول : هذا هو الحق وقد مر الاخبار في ذلك ، فالخبر محمول على تقدير صحته على التقيّة لموافقه لمذاهب العامة ، انتهى .

أقول : وأكثر أخبار هذا الباب غير خالٍ من الاشكال لما فيه من الاحتمال، وعسى أن يشير إلى جملة منها إن شاء الله تعالى بعد تمام الكلام في هذا المطلب . بقي هنا شيء ينبغي التنبيه عليه ، وهو أن المحقق في الشرائع قال : ولا يقع إلا منجزاً فلو علّقه بانقضاء الشهر ودخول الجملة لم يقع على القول الأظهر وقيل : إنه يقع وهو نادر .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٠ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٤ ب ٦ ج ٦ .

ج ٢٥ في أنه لا يقع الظهار في يمين ولا إضرار ولا غضب ولا سكر ٦٤٩

وأنت خير بأن المشهور في كلام الأصحاب، وهو الذي دلت عليه الأخبار أن محل الخلاف في هذا الموضع إنما هو التعليق على الشرط دون الصفة، وظاهر عبارته هنا أن محل الخلاف التعليق على الصفة، فإن ما ذكره من المثالين إنما هو من باب الصفة، وهو الأمر الذي لا بد من وقوعه عادة من غير احتمال تقدم ولا تأخر كالمثالين المذكورين، وأما الشرط فهو عبارة عما يجوز وقوعه عند التعليق وعدمه كقولك إن دخلت الدار وإن فعلت كذا وكذا لنفسه أو المخاطب. ويمكن أن يقال إن الحكم من أصله مترتب على التعليق سواء كان المعلق عليه صفة أو شرطاً، وأن الظاهر من الأخبار صحة وبطلاناً إنما هو بالنسبة إلى التعليق، وأنه هل يشترط كونه منجزاً لا يعلق على شيء بالكيفية أم لا؟ ويؤيده أن هذا القسم فيما علق عليه من هذين الفردين المعتبر عن أحدهما بالشرط وعن الآخر بالصفة إنما هو أمر اصطلاحى من كلام الأصحاب لا أثر له في النصوص. وربما قيل: إن الخلاف مختص بالشرط عملاً بمداول الأحاديث المذكورة في المسألة، فإن متعلقها الشرط فتبقى الصفة على أصل المنع.

وفيه أن ما ذكر في الأخبار من ذكر الشرط إنما خرج مخرج التمثيل للتعليق فلا يقتضي الحصر فيه، والظاهر منها أن مرجع الخلاف إلى التخير وعدمه. وإلى ما ذكرنا يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك إلا أن المسألة بعد لا تخلو من شوب الاشكال.

السادس: قد صرح الأصحاب - رضوان الله عليهم - من غير خلاف يعرف بأنه لا يقع الظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب ولا في سكر. و تفصيل هذا الاجماع بما يتضح به الحال.

أما بالنسبة إلى كونه لا يقع يميناً فالمراد أنه لا يجعل جزءاً على فعل أو ترك لقصد البعث على الفعل أو الزجر عن الترك، ولو علق لا بقصد شيء من هذين

الأميرين، فهو محلّ البحث الذي تقدم الكلام فيه صحّة وبطلاناً وليس من اليمين في شيء، والفارق بين الأمرين هو القصد كما عرفت .

ويدلّ على عدم صحّة قصد اليمين به أولاً: ما دلّ من الآيات والروايات على عدم الحلف إلا بالله عزّ وجلّ .

و ثانياً: ما رواه في الكافي^(١) في الحسن أو الموثّق عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق ، و لا ظهار إلا ما أريد به الظهار .

وحاصله أنّه لا يكون الطلاق طلاقاً ولا الظهار ظهاراً يترتب على كلّ منهما أحكامه إلا بالارادة ، والقصد إلى الغرض من كلّ منهما ، وهو الفرقة الخاصة، فلو أراد بالظهار ما تقدم من الزجر أو البعث فقال إن كان كذا أو إن فعلت كذا فامرأته طالق أو كانت كظهر أمّه عليه فإنّه لا يكون طلاقاً ولا ظهاراً.

وفي معنى هذه الرواية موثقة عمّار^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الظهار الواجب ، قال: الذي يريد به الرجل الظهار بعينه ، والمراد بالوجوب هنا المعنى اللغوي أي الثابت الذي يترتب عليه أحكامه. وقوله «بعينه» احترازاً عما ذكرناه من إرادة معنى آخر غير مجرد المفارقة، وقد تقدم نحو هذا اللفظ في آخر صحيحة زرارة^(٣) المتقدمة في صدر هذا المطلب وحسنة سمران^(٤) المتقدمة في التنبيه

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ٢ وفيه «عن ابن بكير عن زرارة»، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٣ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢٦، التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ح ٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٠ ب ٣ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥١١ ب ٤ ح ١.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ذيل ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٠ ح ٨، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٧ ح ٢.

الثالث وفيهما « لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب » .
وروى في الكافي ^(١) في الصحيح عن صفوان عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته
عن الرجل يصلي الصلاة أو يتوضأ ، فيشك فيها بعد ذلك ، فيقول : إن أعدت
الصلاة أو أعدت الوضوء فامرأته عليه كظهر أمه ، ويحلف على ذلك بالطلاق ، فقال:
هذا من خطوات الشيطان ، ليس عليه شيء .
وهذا الخبر مفسر للخبر الأول ، فإن الطلاق والظهار في هذا الخبر لم يقصد
معناهما الحقيقي المتبادر منهما ، فلذا جعله عليه السلام لغواً من القول ، والعامّة يجعلونه
حلفاً صحيحاً يترتب عليه أثره ^(٢) .
وأما بالنسبة إلى الإضرار فلما تقدم في حسنة حران ^(٣) ، و نقل عن فخر
المحققين أنه حكى قولاً بوقوع الظهار بالإضرار ، لعموم الآية .
قال في شرح النافع : وهو جيد لو لم يعمل بهذه الرواية ، وكذا بالنسبة
إلى الغضب .
وبدل على عدم الظهار في حال الغضب زيادة على حسنة حران المذكورة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٣ ب ٦ ح ٤ .
(٢) أقول : ومن الأخبار الدالة على بطلان اليمين بالطلاق والظهار خلافاً للعامّة ما رواه
عبدالله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الإسناد عن محمد بن الحسين عن محمد بن
سنان قال : « كتب معي عطية المدائني إلى أبي الحسن الأول عليه السلام يسأله قال :
قلت : امرأتي طالق على السنة إن أعدت الصلاة ، فأعدت الصلاة ، ثم قلت : امرأتي
طالق على الكتاب والسنة إن أعدت الصلاة ، فأعدت ، ثم قلت : امرأتي طالق على
الكتاب والسنة إن أعدت الصلاة ، فأعدت ، فلما رأيت استخفاي بذلك ، قلت :
امرأتي علي كظهر أمي إن أعدت الصلاة ، فأعدت ، ثم قلت : امرأتي علي كظهر أمي
إن أعدت الصلاة ، فأعدت ، ثم قلت : امرأتي علي كظهر أمي إن أعدت الصلاة ،
فأعدت ، وقد اعتزلت أهلي منذ سنين ، قال : فقال أبو الحسن عليه السلام : الأهل
أهله ولا شيء عليه ، إنما هذا وشبهه من خطوات الشيطان (منه - قدس سره) . قرب
الإسناد ص ١٢٥ وفيه اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٤ ب ٦ ح ٧ .
(٣) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٧ ح ٢ .

أَيْضاً مَارَوَاهُ فِي الْكَافِي ^(١) عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ فِي الصَّحِيحِ عَنْ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الظَّهَارُ لَا يَقَعُ عَلَى الْغَضَبِ .

و إِبْطَالُ الْخَبَرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ شَامِلٌ لِمَطْلُوقِ الْغَضَبِ ، اِرْتَفَعَ مَعَهُ الْقَصْدُ أَوْ لَمْ يَرْتَفِعْ .

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى السَّكْرِ فَالْأَمْرُ فِيهِ أَظْهَرُ ، فَإِنَّ السَّكَرَانَ لَا شُعُورَ لَهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُضَافَ إِلَى هَذِهِ الْأَفْرَادِ مَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَرْضَى بِذَلِكَ امْرَأَتَهُ ، وَالْوَجْهُ فِيهِ ظَاهِرٌ لِعَدَمِ الْقَصْدِ إِلَى الظَّهَارِ بِالْمَعْنَى الْمُرَادِ بِهِ ، وَلَمَّا رَوَاهُ فِي التَّهْذِيبِ ^(٢) عَنْ حَمْزَةَ بْنِ حِرَانَ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: رَجُلٌ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، يَرِيدُ أَنْ يَرْضَى بِذَلِكَ امْرَأَتَهُ ؟ قَالَ : يَأْتِيهَا لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ .

وَرَوَاهُ فِي الْفَقِيهِ ^(٣) عَنْ ابْنِ بَكِيرٍ عَنْ حَمْرَانَ مِثْلَهُ ، وَفِي آخِرِهِ «لَيْسَ عَلَيْهَا وَلَا عَلَيْهِ شَيْءٌ» .

وَمِنَ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةِ عَلَى عَدَمِ صَحَّتِهِ مَعَ قَصْدِ الْحَلْفِ أَيْضاً مَارَوَاهُ فِي الْكَافِي وَالتَّهْذِيبِ ^(٤) فِي الْمَوْثُوقِ عَنْ ابْنِ بَكِيرٍ قَالَ: تَرَوُجُ حَمْزَةُ بْنُ حِرَانَ ابْنَةَ بَكِيرٍ فَلَمَّا أَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا قَالَ لَهُ النِّسَاءُ: لَسْنَا نَدْخُلُهَا عَلَيْكَ حَتَّى تَحْلِفَ لَنَاوَلَسْنَا نَرْضَى أَنْ تَحْلِفَ لَنَا بِالْعَتَقِ لِأَنَّكَ لَا تَرَاهُ شَيْئاً ، وَلَكِنْ احْلِفْ لَنَا بِالظَّهَارِ وَظَاهِرُ مِنْ أُمَّهَاتِ أَوْلَادِكَ وَجَوَارِيكَ فَظَاهِرُ مَنْهَنْ ، ثُمَّ ذَكَرَ ذَلِكَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَقَالَ : لَيْسَ عَلَيْكَ شَيْءٌ ، ارْجِعْ إِلَيْهِنَّ .

وَهَذَا الْحَلْفُ كَانَ عَلَى عَدَمِ طَلَاقِهَا كَمَا يَفْصَحُ بِهِ خَبَرُ آخِرٍ فِي مَعْنَاهُ ، وَفِيهِ

(١) الْكَافِي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢٥ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٥١٥ ب ٧ ح ١ .

(٢) التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ١٠ ح ٧ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٥١٥ ب ٦ ح ٩ .

(٣) الْفَقِيهِ ج ٣ ص ٣٤٥ ح ١٥ .

(٤) الْكَافِي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٧ ، التَّهْذِيبُ ج ٨ ص ١١ ح ١١ ، الْوَسَائِلُ ج ١٥ ص ٥١٣ ب ٦ ح ٣ .

وَمَا فِي الْكَافِي وَالْوَسَائِلِ «عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْمُغِيرَةِ» .

أنهم قاراً له «أنت مطلق فتخاف أن تطلقها فلا تدخلها عليك حتى تقول إن أمهات أولادك عليك كظهر أمك إن طلقته» الحديث .

السابع: لو قيد الظهار بمدة معينة كيوم أو شهر كأن يقول أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة ، أو إلى شهر أو إلى سنة ، فقد اختلف الأصحاب في ذلك على أقوال :

(أحدها) أنه لا يكون ظهاراً ، اختاره الشيخ في المبسوط حيث قال : إذا ظاهر من زوجته مدة مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة لم يكن ظهاراً ، وتبعه ابن البراج وابن إدريس .

(وثانيها) أنه يقع ، وهو اختيار ابن الجنيد ، وإليه يميل كلام المحقق في الشرائع .

(وثالثها) التفصيل ، فإن زادت المدة عن مدة التبرّص على تقدير المرافعة وقع ، وإلا فلا ، وإليه يميل كلام شيخنا في المسالك ، قال : لأن الظهار يلزمه التبرّص مدة ثلاثة أشهر من حين الترافع ، وعدم الطلاق ، وهو يدل بالافتضاء على أن مدته تزيد عن ذلك ، وإلا لا تنفي اللازم الدال على انتفاء الملزوم ، وإلى هذا التفصيل ذهب في المختلف ولا بأس به ، والرواية الصحيحة لا تنافي وإن كان القول بالجواز مطلقاً لا يخلو من قوة ، انتهى .

ونقل العلامة في المختلف ومثله شيخنا في المسالك الاستدلال للشيخ فيما ذهب إليه من عدم صحة الظهار بصحيفة سعيد الأعرج^(١) عن موسى بن جعفر الطوسي «في رجل ظاهر من امرأته يوماً ، قال: ليس عليه شيء»^(٢) .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٤ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣١ ب ١٦ ح ١٠ .

(٢) وقال الفاضل الخراساني في الكفاية - بعد نقل صحيفة سعيد الأعرج المذكورة كما في المسالك والمختلف - ما لفظه : هكذا نقل الحديث في المسالك ، والذي رأيته في التهذيب «فوق» بدل «يوماً» ، وهو ظاهر في أنه لم يقف إلا على هذه النسخة خاصة ، وبالجمله فإنه يشكل الاعتماد على الخبر المذكور لما ذكرنا . (منه - قدس سره -) .

و المحدث الكاشاني في الوافي نقل هذه الرواية هكذا «ظاهر من امرأته فوفى - عوض قوله «يوماً» - قال : ليس عليه شيء» ثم قال : بيان : أي لم يقاربها ثم قال : وفي بعض النسخ «يوماً» مكان «فوفى» ، وإنما لم يجب عليه شيء لأن الظهار بمجرد لا يوجب شيئاً ، ثم إن فاء كقتر أو طلق خلص ، وإن صبر «يوماً» على النسخة الثانية فلا شيء عليه ، انتهى .

واختلاف النسخ في ذلك مؤذن بوهن الاعتماد على الخبر في الاستدلال سيما أن ظاهره في الوافي الاعتماد على نسخة «فوفى» حيث إنها هي التي نقلها في متن الخبر ، والثانية وهي نسخة «يوماً» إنما ذكرها في البيان مسنداً لها إلى بعض النسخ المشعر بقلّة ذلك البعض ، وظاهر الشيخين المذكورين حيث استدلاً بالخبر بهذا النحو الذي ذكرناه ، ولم يشرأ إلى نسخة أخرى بالكليّة هو الاعتماد عليه . وأما ما نقل عن ابن الجنيّد من القول بوقوع الظهار بهذا القول فاحتجوا له بعموم الآية وأنه منكر من القول وزور كالظهار المطلق .

واستدل له في المسالك بما روي عن سلمة بن صخر الصحابي ^(١) وأنه كان قد ظاهر من امرأته حتّى ينسلخ رمضان ثم وطأها في المدة ، فأمره النبي ﷺ بتحرير رقبة ، ثم إنّه - قدس سره - بعد ذكر صورة الرواية تفصيلاً قال : وجعل الرواية عن سلمة بن صخر قال : كنت امرأة قد اوتيت من جماع النساء ما لم يؤث غيري ، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتّى ينسلخ رمضان خوفاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فاتأبعت في ذلك إلى أن يدر كني النهار ولا أقدر على أن أنزل ، فبينما هي تخدمني من الليل إذ انكشف لي منها شيء فوثبت عليها ، فلما أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري وقلت لهم انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بخبري ، فقالوا : والله ما نفعل ، نتخوف أن ينزل فينا قرآن ، ويقول فينا رسول الله ﷺ مقالة يبقي علينا عارها ، لكن اذهب أنت واصنع ما بدا ^(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٢ ونقل ملخصاً .

لك ، فخرجت حتى أتيت النبي ﷺ فأخبرته بخبري فقال : أنت بذاك؟ فقلت : أنا بذاك، فقال : أنت بذاك؟ فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك؟ فقلت : نعم ، ها أنا ذا فامض في حكم الله عز وجل فأنا صابر له ، فقال : اعتق رقبة ، فضربت صفحة عنقي بيدي وقلت : لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها ، قال : فمسم شهرين متتابعين ، فقال : فقلت : يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلا في الصوم ، قال : قال : فتصدق ، قال : قلت : والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا ومالنا عشاء ، قال : اذهب إلى صاحب صدقة بني رزين قل له ، فليدفعها إليك فاطعم عنك وسقاً من تمر ، فادفعه إلى ستين مسكيناً ، ثم استعن سائره عليك وعلى عيالك ، قال : فرجعت إلى قومي فقلت : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة ، وقد أمرني بصدقتكم فادفعوها إلي ، قال : فدفعوها إلي . وفي رواية أخرى أن النبي ﷺ أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال : تطعمه ستين مسكيناً لكل مسكين مده ، وإثما أتينا على الرواية مع طولها لما تشتمل عليه من الفوائد والنكت ، انتهى .

أقول : والتحقيق أن المسألة لا تخلو من شوب الاشكال الموجب للبقاء في قالب الاحتمال .

وأما ما استدل به للقول الأول من الصحيحة المذكورة فإن فيه زيادة على ما عرفت من اختلاف النسخ الموجب لخروج الخبر عن موضع الاستدلال بناءً على تلك النسخة الأخرى أن الخبر المذكور على تقدير النسخة التي ذكرها غير صريح الدلالة ولا واضحها فيما ادعى منه ، لاحتمال أن يقال : إن المراد ببيان أن الظاهر بمجرد لا يوجب شيئاً ، وإثما تجب الكفارة بإرادة العود قبل انقضاء المدة ولما كانت مدة اليوم قصيرة ، فإذا صبر حتى يمضي فليس عليه شيء ، وحينئذ فقله «ليس عليه شيء» لا يستلزم أنه ليس ظاهراً كما هو المدعى ، بل هو أعم من ذلك كما عرفت ، ومتى قام الاحتمال بذلك بطل الاستدلال ، هذا بناءً على

النسخة التي أوردوها ، وإلا فالخبر لا تعلق له بما نحن فيه بناءً على النسخة الأخرى ، ونرجح إحدى النسختين على الأخرى يحتاج إلى مرجح ، وهذه علة أخرى .
وأما ما استدلّ به لابن الجنيّد من إطلاق الآية فيه أنّك قد عرفت في غير مقام ممّا تقدم أنّ الإطلاق إنّما يحمل على الأفراد الشائعة المتكررة ، فإنّها هي التي ينصرف إليها الإطلاق دون الفروض النادرة التي ربما لا تقع بالكليّة ، وإنّما تفرض فرضاً ، ولا ريب أنّ التقييد بمدة في الظهار شاذّ نادر ، وكونه محرماً ومنكراً من القول وزوراً لا يستلزم كونه ظهاراً تترتب عليه أحكام الظهار فإنّ كثيراً من الأقوال محرمة ومنهي عنها أشدّ النهي ، مع أنّها لا يقع بها ظهار وإن اشتملت على لفظ الظهر .

وأما الرواية التي سجل بها ونقلها بطولها ونوّه بشأنها من أنّه إنّما نقلها بطولها لما اشتملت عليه من الفوائد والنكت فالظاهر أنّها عاميّة ، إذ لا وجود لها في كتب أخبارنا بالمرّة ، والمعجب منهم في استسلامهم هذه الأخبار العاميّة في أمثال هذه المقامات ، وردّهم للأخبار الاماميّة المنقولة في الأصول الصحيحة بمجرد العمل بهذا الاصطلاح المحدث .

وأما القول بالتفصيل كما جرح إليه فهو يتوقف على الدليل ، وليس إلّا مجرد هذه التعليقات العقلية التي يتداولونها ، وقد عرفت ما فيه .

وأما ما ادّعاء - قدس سره - من أنّ العلامة ذهب في المختلف إلى هذا التفصيل فهو عجيب ، فإنّ العلامة إنّما ذكره احتمالاً مؤذناً بأنّه لا قائل به ، حيث إنّ بعد أن نقل قول الشيخ وابن الجنيّد ، ونقل دليلهما ، قال : ويحتمل القول بالصحة إن زاد عن مدة الترتيب ، وإلّا فلا ، انتهى . وأين هذه العبارة عمّا نقله عنه ، بل ظاهره إنّما هو التوقف في المسألة كما ذكرناه ، فإنّه بعد أن نقل القولين الأولين أوردتهما بهذا الاحتمال ولم يرجّح شيئاً في البين .

الثامن : قد وقع الخلاف هنا في صيغتين : (إحداهما) ما لو قال أنت طالق

كظهر أمي فقال الشيخ في المبسوط : إذا قال أنت طالق كظهر أمي وقصد إيقاع الطلاق بقوله «أنت» و الظهار بقوله «كظهر أمي» طَلَّقَتْ بقوله «أنت طالق» ويصير مظاهراً منها بقوله «كظهر أمي» إن كان الطلاق رجعيّاً، ويكون تقديره أنت طالق ، وأنت كظهر أمي .

وقال ابن البراج : لا يقع بذلك ظهار ، نوى ذلك أولم ينو . قال في المختلف : وهو الأقوى ، لنا لأنه لم يأت بالصيغة ، ولا يقع الظهار بمجرد القصد الخالي منها ، وقوله «كظهر أمي» لغو ، لأنه لم يقل أنت منّي ولا معي ولا عندي ، فصار كما لو قال ابتداءً كظهر أمي .

وقال المحقق في الشرائع بعد أن نقل قول الشيخ : وفيه تردد ، لأن النية لا تستقل بوقوع الظهار مالم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه ، والظاهر أنه على هذا المنوال كلام من تأخّر عنهما ، وهو الظاهر من القواعد المقررة في هذه الأبواب بين الأصحاب - لأنه بناءً على ما ذكره الشيخ من قصد إيقاع الطلاق بقوله أنت طالق ، و الظهار بقوله كظهر أمي - وقوع الطلاق ، لحصول صيغته والقصد إليه ، وأما الظهار فإنه لم تحصل صيغته الشرعية ، إذ لم يبق من الكلام بعد صيغة الطلاق إلا قوله كظهر أمي ، مع أن الاتفاق قائم على أنه بمجرد قول الرجل كظهر أمي لا يكون مظاهراً .

وأما قوله «إنه بتقدير أنت كظهر أمي» بمعنى أنه وإن صرفت كلمة الخطاب السابقة أولاً إلى الطلاق ، إلا أنها تعود إلى الظهار أيضاً مع النية ويصير كأنه قال أنت طالق ، وأنت كظهر أمي .

ففيه ما عرفت من أن اللفظ بانقطاعه عما تقدمه ليس صريحاً في الظهار ، والنية غير كافية عندنا في وقوع ما ليس بصريح ، وإنما يتوجه هذا عند من يعتد بالكنايات اعتماداً على النية ، بل صرح بعض من يعتد بالكنايات هنا برد هذا أيضاً بناءً على ما عرفت من أنه إذا استعملنا قوله أنت طالق في إيقاع

الطلاق لم يبق إلّا كظهر أمي ، وهو لا يصلح كناية إذ لا خطاب فيه لأحد ، وأيضاً فالأصل في هذا التركيب أن تكون الجملة الواقعة بعد النكرة وصفاً لها ، فيكون « كظهر أمي » وصفاً لقوله « طالق » فالعدول بها عن ظاهر التركيب الذي تقتضيه القواعد من غير موجب خلاف الظاهر . نعم لو عكس فقال: أنت كظهر أمي طالق مع قصدهما معاً صحّ الظهار لوجود صيغته وقصده .

ويبقى الكلام في الطلاق فيجري فيه الوجهان ، والشيخ على أصله هنا أيضاً من صحتهما معاً بالتقريب الذي ذكره ثمة .

(وثانيهما) ما لو قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ، فقال الشيخ في المبسوط وتبعه ابن البراج : لو قال أنت عليّ حرام كظهر أمي لم يكن مظاهراً سواء نواه أو لا . وتبعه أيضاً المحقق في الشرائع .

وردة العلامة في المختلف والشهيد الثاني في المسالك وغيرهما بأنه مخالف لمذهبه في المسألة السابقة ، وتوضيحه أنهم احتجوا هنا على ما ذهبوا إليه من عدم وقوع الظهار بهذه الصيغة بأنّ الخطاب بقوله « أنت » انصرف إلى الكلمة الأولى ، وهي قوله « حرام » وتمّ الكلام بحصول المسند والمسند إليه فيلغو لأنّ هذه العبارة لا تقتضي الظهار .

وأما قوله بعد ذلك « كظهر أمي » وأنه وقع خالياً من المسند إليه لفظاً ، والنية غير كافية في تقديره ، مع أنّه في المسألة السابقة ادعى تقدير المسند إليه فقال : تقديره أنت طالق وأنت كظهر أمي .

وكيف كان فإنّ وقوع الظهار بهذه الصيغة يدلّ عليه ما في صحيح زرارة المتقدم (١) عن الباقر عليه السلام في سؤاله عن الظهار كيف يكون؟ فقال عليه السلام : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في جماع أنت عليّ حرام كظهر أمي ، وهي صريحة

(١) قد تقدم في صدر هذا المطلب . (منه - قدس سره) . الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣ .

في المطلوب وقوله فيها «حرام» تأكيد لغرضه من الظهار ، فلا ينافيه .
والعجب من الشيخ - رحمه الله عليه - في تجويز الظهار بالكنايات ، وما هو
أبعد من هذه مع الخلو عن النصوص في الجميع ، ومنعه هذه الصيغة مع ورود
النص الصحيح بها^(١) .

المطلب الثاني في المظاهر :

لا خلاف في أنه يعتبر في المظاهر ما يعتبر في المطلق من البلوغ وكمال العقل
والاختيار والقصد ، وتحقيق هذه الشروط قد مضى في كتاب الطلاق ، فليطلب من
هناك ، فلا يصح "ظهار الطفل ولا المجنون ولا المكروه ولا فاقد القصد ، بسكر
كان أو إغماء أو غضب يبلغ به إلى ذلك ، وهو مما لا إشكال ولا خلاف فيه .

بقي الكلام هنا في مواضع الأول : أنه هل يصح "ظهار الخصي" والمجبوب
أم لا؟ وتفصيل القول في ذلك أنه إن بقي لهما ما يمكن به الجماع المتحقق بإدخال

(١) بقي هنا في المسألة صور أخرى : (منها) أن يقول هذا القول ولا ينوي شيئاً بالكلية ،
والذي صرحوا به أنه يقع الطلاق هنا لإتيانه بلفظه الصريح ، وأما الظهار فإنه لا يقع ،
لأن قوله «كظهر أمي» لاستقلال له حيث أنه قد انقطع عن قوله «أنت» .
(ومنها) أن يقصد بمجموع الكلام الطلاق خاصة ، يجعل قوله «كظهر أمي» تأكيداً
لتحريم الطلاق بمعنى أنها طالق طلاقاً كظهر أمه ، ولا إشكال في أنه يقع الطلاق هنا
دون الظهار ، قالوا : ولا خلاف في هذين الفردين .

(ومنها) أن يقصد بالجميع الظهار خاصة ، قالوا : يحصل الطلاق دون الظهار أيضاً ، أما
الأول فللفظه الصريح فيه ، واللفظ الصريح لا يعقل صرفه إلى غيره ، حتى لو قال
لزوجته أنت طالق ، ثم قال أردت به طالق من وثاق غيري أو نحو ذلك لم يسمع منه
وحكم به عليه . وأما الثاني فلأن الطلاق لا ينصرف إلى الظهار ، والباقي بعد صيغة
الطلاق ليس بصريح في الظهار كما عرفت ، مع أنه لم ينوبه الظهار وإنما نواه بالجميع .
(ومنها) أن يقصد بمجموع كلامه الطلاق والظهار معاً ، وحكمه أنه يحصل الطلاق دون
الظهار أيضاً بالتقريب المذكور في سابق هذه الصورة .
(ومنها) أن يقصد الطلاق بقوله أنت طالق ، والظهار بقوله كظهر أمي ، وهذه مسألة
الكنايات المذكورة في الأصل وهي محل الخلاف . (منه - قلنس سره -) .

الحشفة أو قدرها من مقطوعها فلا إشكال في صحة ظهارهما لأنهما في حكم الصحيح وإن لم يمكنهما الإيلاج بني صحة ظهارهما وعدمها .

(أولاً) على أن "فائدة الظهار هل يختص بالوطء بمعنى تحريم الوطء عليه خاصة ، ويحل له ما سوى ذلك ؟ أو يشمل ما عداه من الاستمتاع ، فيحرم عليه الجميع ؟ وسيأتي تحقيق الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا بالثاني صح ظهارهما ، وإلا فلا ، لعدم ظهور فائدته .

(و ثانياً) على أنه هل يشترط في صحة الظهار الدخول أولاً بالمظاهرة أم لا ؟ فإن قلنا بالأول فلا ظهار هنا حيث إنه لم يتحقق منهما الدخول ولم يوجد شرطه فلا وجود له ، وإن قلنا بالثاني صح ظهارهما ، وسيأتي الكلام في المسألة إن شاء الله تعالى .

الثاني : هل يصح الظهار من الكافر أم لا ؟ فذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى الثاني ، ونحوه يظهر من ابن الجنيدي أيضاً .

قال الشيخ في الكتابين المذكورين : لا يصح "الظهار من الكافر ولا التكفير . وقال ابن الجنيدي : وكل مسلم من الأحرار وغيرهم إذا كان بالغاً مملكاً للفرج ممنوعاً من نكاح غيره بملكه إتياء إذا ظاهر من زوجته في حال صحة عقله لزمه الكفارة . والقيد بالمسلم في كلام مشعر باختياره لهذا القول ، ومن ثم نسباه إلى ظاهره .

وإلى الأول ذهب ابن إدريس فقال : الذي يقوى في نفسي أن "الظهار يصح من الكافر .

و بذلك قال المحقق والعلامة : والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين . واحتجوا عليه بعموم الآية ، وهي قوله عز وجل «الذين يظاهرون من نسائهم» وغير ذلك من العمومات .

احتجّ الشيخ بأنّ من يصحّ ظهاره تصحّ الكفارة منه لقوله عزّ وجلّ
«والذين يظاهرون من نسائهم ثمّ يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» ^(١) والكافر لا
يصحّ منه الكفارة لأنّها عبادة تفتقر إلى النية ^(٢) كسائر العبادات ، وإذا لم
يصحّ منه التكفير الراجع للتحرّيم لم يصحّ التحريم في حقّه .

واجب بمنع عدم صحّتها منه مطلقاً ، بلاغاية توقّفها على شرط ، وهو قادر
عليه بالاسلام كتكليف المسلم بالصلاة المتوقّفة على شرط الظهارة وهو غير متطهر
لكنّه قادر على تحصيله .

وأورد على ذلك أنّ الذمّي مقرّ على دينه متى قام بشرائط الذمّة ، فحمله
على الاسلام لذلك بعيد ، وأنّ الخطاب بالعبادة البدنيّة لا يتوجّه على الكافر الأصلي .
واجب بأنّ لا نحمل الذمّي على الاسلام ، ولا نخطبه بالصوم ، ولكن نقول :
لا يمكن من الوطء إلّا هكذا ، فإمّا أن يتركه أو يسلك طريق الحمل .

أقول : ما ذكره في هذا المقام من النقض والابرام ظاهر بناءً على ما هو
المشهور بينهم بل ربما ادعى عليه الاجماع من كافّة العلماء ما عدا أبي حنيفة من
أنّ الكافر مخاطب بالفروع ومكلف بها ، إلّا أنّها لا تقبل منه إلّا بالاسلام .
وأما على ما ذهب إليه بعض المحدثين من متأخري المتأخّرين ، وهو الظاهر
من أخبارهم ^(٣) كما تقدم تحقيق البحث فيه في كتاب الطهارة في باب غسل
الجنابة ^(٤) من أنّ الكافر غير مكلف ولا مخاطب بالأحكام الشرعيّة إلّا بعد الاسلام
فإنّه يتّجه أنّ يقال بصحّة ما ذهب إليه الشيخ هنا من عدم صحّة الكفارة من
صوم أو عتق أو إطعام من الكافر لأنّه غير مكلف بالعبادات حال كفره والمصحّة
عبارة عن امتثال الأمر ، وهو كما عرفت غير مأمور إلّا بعد الايمان بالله ورسوله ،

(١) سورة المجادلة - آية ٣ .

(٢) أقول : المراد بالنية هنا في كلامهم هي القرية تجزأً . (منه - رحمه الله -) .

(٣) الحقائق ج ٣ ص ٣٩ .

فعدم صحة عباداته من حيث كفره ، و متى ثبت عدم صحة الكفارة ثبت عدم صحة ظهاره وعدم حصول التحريم به . لأن " انتفاء اللازم يدل " على انتفاء الملزوم ، ويؤكد أنه " توبته بدونها خارج عن القانون الشرعي والدين المحمدي ﷺ .
وأما قوله بمنع عدم صحتها من الكافر مطلقاً ، وإنما غايته توقفه على شرط بمعنى أن " البطلان إنما هو من حيث فقد شرط مقدور .

ففيه أن " البطلان - بناءً على ما ذكرناه - إنما هو من حيث عدم التكليف بذلك وعدم توجه الأمر إلى الكافر حال كفره ، لأن " الصحة عبارة عن موافقة الأمر كما عرفت .

الثالث : أنه لا خلاف في وقوع الظهار من العبد ، بل قال في المسالك : إنّه مذهب علمائنا أجمع ، وإنما خالف فيه بعض العامة نظراً إلى أن " لازم الظهار إيجاب تحرير رقبة ، والعبد لا يملكها .

واجيب بأن " وجوبها في الآية مشروط بوجدانها ، وقد قال تعالى " فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماساً " ^(١) والعبد غير واحد فليزمه الصوم . أقول : و يدل " على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة ^(٢) - رضي الله عنهم - في الصحيح في بعضها عن محمد بن حمران وهو مجهول " قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك أعليه ظهار ؟ فقال : عليه نصف ماعلى الحر " صوم شهر ، وليس عليه كفارة من صدقة ولا عتق .

و ما رواه في الكافي ^(٣) عن جميل بن در " أج في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في الظهار " قال : إن " الحر " والمملوك سواء ، غير أن " على المملوك نصف ماعلى الحر " من الكفارة ، وليس عليه عتق رقبة ولا صدقة ، إنما هو عليه صيام

(١) سورة المجادلة - آية ٤ .

(٢) (٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ و ١٥٦ ح ١٠ و ١٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٩ و ٢٤ ح ٣ و ٥٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ و ٣٤٦ ح ١٠ و ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٢ ب ١٢ ح ١ و ٢ .

شهر ، ورواه الصدوق عن جميل مثله إلى قوله من الكفارة .
وعن أبي حمزة الثمالي ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن المملوك أعليه
ظهار؟ فقال : نصف ماعلى الحر من الصوم ، وليس عليه كفارة صدقة ولاعتق رقبة .
وربما أشعرت هذه الأخبار بعدم ملك العبد لأن تخصيص الكفارة بالصوم
دون الفردين الآخرين إنما هو من حيث كونهما متوقفين على المال وأن العبد
لا يملك ، وإلا فلو قلنا بملكه - كما هو ظاهر جملة من الأخبار وهو المختار في
المسألة وإن توقف تصرفه على إذن سيده - فإنه لا يظهر لهذا التخصيص وجه بل
ينبغي أن يجعل كالحر في أنه إن وجد تصدق أو أعتق رقبة وإن لم يجد انتقل
إلى الصيام .

المطلب الثالث في المظاهرة :

والكلام فيه يقع في مواضع : الأول : قال في الشرائع : ويشترط أن تكون
منكوحة بالعقد ، فلا يقع بالأجنبية ، ولو علّقه على النكاح ، قال الشارح في
المسالك : هذا عندنا موضع وفاق ، والأصل فيه أن الله تعالى علّق الظهار على
الأزواج ، فقال «والذين يظاهرون من نسائهم» فيبقى غيرهن على الأصل ، وخالف
فيه بعض العامة ، فصحّحه بالأجنبية إذا علّقه بنكاحها كما صحّحه كذلك في الطلاق .
أقول : الظاهر من إيراد هذه المقالة إنما هو الرد على هذا البعض من العامة
في تجويزه الظهار بالأجنبية إن علّق على نكاحها ، إلا أن تقييد النكاح بالعقد في
كلام المصنّف - وكذا استدلاله في المسالك بالآية الدالة على أنه لا يقع إلا
بالأزواج - ظاهر في أنه لا يقع بملك اليمين ، مع أنه سيأتي إن شاء الله تعالى أن
الأشهر الأظهر وقوع الظهار بها كما دلّت عليه جملة من الأخبار ، والعجب من غفلة
الشارح - قدس سره - عن التنبيه لذلك والتنبيه عليه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٢ ب ١٢ ح ٣ .

الثاني: أنه يشترط في المظاهرة أن تكون طاهراً طهراً لم يقربها فيه إذا كان زوجها حاضراً وكان مثلها تحيض، ولو كان غائباً أصبح، وكذا لو كان حاضراً وهي يائسة أو لم تبلغ، وهذه الأحكام قد تقدم تحقيق الكلام فيها في كتاب الطلاق. والظهار يجري مجراه في جميع ما ذكر، وقد تقدم في جملة من الأخبار ما يدل على هذه الأحكام منها.

في صحيحة زرارة ^(١) «أنه سأله عن الظهار فقال: إنه يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في جماع أنت علي» كظهر أمي أو اختي، وهو يريد بذلك الظهار. وفي رواية الفضيل بن يسار ^(٢) «ولا يكون الظهار إلا على موضع الطلاق، وهذه الرواية دالة على اعتبار هذه الشروط إجمالاً.

وفي رواية حمران ^(٣) «لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين، إلى غير ذلك من الأخبار التي تقدمت.

الثالث: قد اختلف الأصحاب - رحمة الله عليهم - في اشتراط الدخول بالمظاهرة وعدمه بالنسبة إلى صحة الظهار وعدمها، فذهب جمع منهم الشيخ المفيد والسيد المرتضى وابن إدريس وسائر وابن زهرة وغيرهم إلى عدم فجوزوا الظهار من الزوجة قبل الدخول بها، وذهب جمع منهم الشيخ والصدوق إلى اشتراط صحة الظهار بذلك، وهو الظاهر من ابن الجنيد وابن البراج في كتابيه، وعليه أكثر المتأخرين.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٣ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ١ وفيه اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٥، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٩ وفيهما «ابن فضال عمن أخبره»، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٢ مرسلاً، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٣ ذيل ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٠ ذيل ح ٨، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٥ ذيل ح ٢٠، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ذيل ح ١.

ويبدل^(١) على هذا القول من الأخبار ما رواه في الكافي^(٢) عن الفضيل بن يسار في الصحيح وقال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مملك ظاهراً امرأته ، فقال لي : لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها .

ورواه الصدوق^(٣) بإسناده عن الحسن بن محبوب في الصحيح مثله ، ولا ملاك

للتزويج من غير دخول .

وما رواه الشيخ^(٤) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قال في المرأة التي لم يدخل بها زوجها ، قال : لا يقع بها إيلاء ولا ظهار . وما رواه في التهذيب^(٥) في الصحيح عن الفضيل بن يسار : قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مملك ظاهراً امرأته ، قال : لا يلزم - ثم قال : - وقال لي : لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها ، وقد تقدم معنى قوله مملك .

احتج من قال بالأول بالعمومات ، وفيه أن العمل بالخاص مقدم على العام كما هي القاعدة ، إلا أن هذا إنما يتم على ما هو المشهور من العمل بخبر الآحاد وأما على مذهب السيد وابن إدريس من عدم العمل بأخبار الآحاد فتبقى العمومات سالمة عن المعارض ، فينتج القول بذلك على أصلهما الغير الأصيل ومذهبهما الخارج عن نهج السبيل ، وبذلك يظهر لك أن العمل إنما هو على القول الثاني .
الرابع : المشهور بين الأصحاب - رحمة الله عليهم - وقوع الظهار بالمستمع بها كالزوجة الدائمة ، وهذا مذهب السيد المرتضى وابن أبي عقيل وأبي الصلاح

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٨ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ٢ وفيهما ولا يقع عليهما ،

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤١ وفيه «جميل بن دراج» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٦ ب ٨ ح ١

وفيهما اختلاف يسير .

وابن زهرة .

وظاهر الصدوق وابن الجنيد العدم حيث قالوا : ولا يقع الظهار إلا موقع الطلاق ، واختاره ابن إدريس .

احتج الأولون بالعمومات من الكتاب والسنة ، واحتج في المختلف المقول الثاني بأن الظهار حكم شرعي يقف على موردته ولم يثبت في نكاح المتعة حكمه مع أصالة الاباحة ، ثم أجاب عنه بالمنع من عدم الثبوت ، قال : وقد بينا العمومات . واحتج في المسالك لهذا القول بانتفاء لازم الظهار ، فإن منه المرافعة المترتبة على الاختلال بالواجب بالوطء ، وإلزامه أحد الأمرين القدي أو الطلاق ، وهو ممتنع في المتعة ، وإقامة حجة المدة مقامه قياس ، وانتفاء اللوازم يدل على انتفاء الملزومات .

ثم إنه أجاب عنه بأن هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن في حقها ذلك فلا يلزم من انتفائها انتفاء جميع الأحكام التي أهمتها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة ، وقد تقدم البحث في ذلك في بابها من النكاح ، انتهى وهو جيد .

الخامس : اختلف الأصحاب في الأمة الموطوءة بملك اليمين ولومدبرة أو أم ولد فقيل : إنه يقع بها الظهار وهو قول الشيخ ، قال : إنه يقع سواء كانت أمة مملوكة أو مدبرة أو أم ولد .

وقال في المبسوط : وروى أصحابنا أن الظهار يقع بالأمة والمدبرة وأم الولد وهو اختيار ابن أبي عقيل وابن حمزة . وقيل : إنه لا يقع بها ، وهو قول الشيخ المفيد وأبي الصلاح وسائر وابن البراء في كتابيه وابن إدريس وغيرهم ^(١) والاول

(١) وقد بالغ ابن أبي عقيل في إنكار هذا القول أشد المبالغة فقال : ورغم قوم من العامة أن الظهار لا يقع على الأمة ، وقد جعل الله تعالى أمة الرجل من نسائه فقال في آية =

أظهر ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

و يدل عليه من الأخبار التي هي المعتمد في الإيراد والاصدار ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) - عطر الله مراقدهم - عن إسحاق بن عمار في الموثق قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته ، فقال : الحرة والأمة في ذلك سواء .

وما رواه في الكافي ^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام وقال : وسألته عن الظهار على الحرة والأمة ؟ قال : نعم .

وعن حفص بن البختري ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام في

= التحريم : «وأمهات نسائكم» وأم أمته كأم امرأته إنها من أمهات النساء ، كما حرم الله أم الحرة حرم أم الأمة المنكوحة ، وقد قال تعالى : «والذين يظاهرون من نسائهم» فلم كان إحداهن أولى بحكم الظهار من الأخرى ؟ لولا التحكم في دين الله عز وجل والخروج عن حكم كتابه ، قال : وقد اعتل قوم منهم فزعموا أن الظهار كان طلاق العرب في الجاهلية ، والطلاق يقع على المرأة الحرة دون الأمة ؛ فلذلك يقع الظهار على الحرة دون الأمة ثم أجاب عنه بأن الذين أوجبوا حكم الظهار في الأمة كما أوجبوا في الحرة هم سادات العرب وفصحاؤهم ، وهم أعلم الناس بطلاق الجاهلية والإسلام وشرائع الدين ولفظ القرآن وحظرة وإباحته ومحكمه ومتشابهه وناسخه ومنسوخه ونسبه وفرضه ، إلا أن تزعموا أن علياً (ع) وأولاده عليهم السلام من العجم ، ولو قُلت ذلك لم يكن أكثر من بعضكم لهم وتكفيركم لشيعتهم . انتهى كلامه زيد مقامه وعلت في الخلد أقدامه . وفي آخره دلالة واضحة على نصب المخالفين وبغضهم لأهل البيت عليهم السلام كما هو مذهب غيره من المتقدمين أيضاً خلافاً لمؤخري أصحابنا - رضوان الله عليهم . - (منه - قدس سره -).

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١١ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٤ ح ٥١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٦ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٧ ح ٢٨ وفيهما «وسألته» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٦ ، التهذيب ج ٨ ص ٢١ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ ح ٣ .

رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن "كلهن" جميعاً بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفارات .

وما رواه الشيخ ^(١) عن ابن أبي يعفور قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من جاريته ، قال : هي مثل ظهار الحرة .

وعن محمد بن مسلم ^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الظهار من الحرة والأمة ؟ قال : نعم .

وما رواه في قرب الأسناد ^(٣) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن الرجل يظاهر من أمته ؟ فقال : كان جعفر يقول : يقع على الحرة والأمة الظهار .

ويدل على القول الثاني ما رواه الشيخ ^(٤) عن حمزة بن حمران قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه ، قال : يأتها وليس عليه شيء . وردّه في المسالك ومثله سبطه في شرح النافع بضعف السند فلا يعارض ما تقدم من الأخبار التي فيها الصحيح وغيره .

وأجاب عنها الشيخ بالحمل على ما إذا أخل "بشرائط الظهار" ، قال في الاستبصار : لأن حمزة بن حمران روى هذه الرواية في كتاب البزوفري أنه يقول ذلك لجاريته ويريد إرضاء زوجته ، وهذا يدل على أنه لم يقصد به الظهار الحقيقي وإذا لم يقصد ذلك لم يقع ظهاره صحيحاً ، ولا يحصل على وجه تتعلق به الكفارة ، انتهى .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٤ ح ٥٢ ، الوسائل ج ١٥ ح ٥٢١ ب ١١ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٧ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٠ ب ١١ ح ٢ .

(٣) قرب الإسناد ص ١٦٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ ح ٧ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٤ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢١ ب ١١ ح ٦ .

ج ٢٥ هل إطلاق الدخول يشمل الدبر؟ وهل إطلاق الحكم يتناول الصغيرة؟ ٦٦٩

وأشار بالرواية المذكورة إلى ما قدمناه من رواية حمزة المذكورة في آخر التنبية السادس من المطلب الأول ، وهو وإن كان لا يخلو من بُعد لاحتمال كون هذه الرواية غير تلك إلا أنه في مقام الجمع بين الأخبار غير بعيد .
ويحتمل حمل الرواية المذكورة على التقيّة ، فإن القول بمضمونها مذهب جمع من العامة كما ذكره ابن أبي عقيل - رحمه الله - في عبارته وبحسنه في ذلك معهم .
وقل في المسالك الاستدلال لهذا القول أيضاً بقوله ^{عليه السلام} في رسالة ابن فضال ^(١) "لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق، والطلاق لا يقع بملك اليمين .
وفيه أننا قد قدمنا سابقاً الجواب عن مثل هذا الاستدلال بهذا الخبر بأن "الظاهر أن المراد إثمها هو بالنسبة إلى الشرائط المعتبرة في الطلاق من الشاهدين وكونها في طهر لم يقربها إلى الشرائط المعتبرة وكونها طاهراً من الحيض نحو ذلك ، بمعنى أنه لا بد في الظاهر من استكمال هذه الشروط المشترطة في الطلاق هذا هو الظاهر من الخبر ، لا ما ذكره هنا ، وكذا في مسألة تعليق الظهار الشرط كما تقدم من الاستدلال بهذا الخبر على نفي ذلك ، فإن الظاهر بعده .
وبذلك يظهر لك أن الأظهر هو القول الأول ، وأنه هو الذي عليه المعول والمحقق في الشرائع قد تردد في هذه المسألة ، ونسب الوقوع إلى الرواية ، والظاهر ضعفه ، فإنه ليس لهذا القول بعد الروايتين اللتين ذكرناهما إلا مجرد علل علية لا تصلح في حد ذاتها للاستدلال ، فضلاً عن أن يكون في مقابلة تلك الأخبار والروايتين المذكورتان قد عرفت ما فيها ، والله العالم .

السادس : وقالوا : ومع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً ، صغيرة كانت أو

كبيرة ، مجنونة أو عاقلة .

قيل في بيان وجهه : إن إطلاق الدخول يشمل الدبر كما تحقق في

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٤ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٣ ح ١٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٠ ح ٢ مراسلاً

مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠٩ ب ٢ ح ٣ .

باب المهر وغيره ، وإطلاق الحكم يتناول الصغيرة وإن حرم الدخول بها والكبيرة المجنونة والمأقلة .

أقول : قدمننا في غير موضع أن إطلاق الدخول في الأخبار إنما ينصرف إلى الفرد المتعارف الشايح المتكرر دون الفروض النادرة . ولا ريب أن الفرد الشايح المتكرر المندوب إليه إنما هو الوطء في القبل خاصة .

وبالجملة فإن بناء الأحكام عليه وإن اشتهر في كلامهم إلا أنه غير خالٍ من الاشكال كما تقدم تحقيقه بوجه أبسط ، والله العالم .

المطلب الرابع في الاحكام : وفيه مسائل :

الاولى : قد صرح الأصحاب - رضوان الله عليهم - بأن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار ، وإنما تجب بالعود وإرادة الوطء وأنه لا استقرار لها .

أقول : تفصيل هذا الاجمال يقع في مواضع ثلاثة :

الاول : أنه لاختلاف بين كافة أهل العلم في أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار وإنما تجب بالعود ، قال الله تعالى وعز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ،^(١) الآية ، فإنه سبحانه رتب التحرير على العود ، والمراد بإرادة العود لا العود بالفعل ، نظيره قوله عز وجل فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله ،^(٢) وإذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ،^(٣) أي إذا أردت القراءة وإذا أردتم القيام ، والمراد بما قالوا تحرير الوطء الذي حرموه على أنفسهم بالظهار ، والمعنى أنهم إذا أرادوا استباحة الوطء الذي حرموه على أنفسهم بالظهار فلا بد أولاً من تحرير رقبة .

(١) سورة المجادلة - آية ٣ .

(٢) سورة النحل - آية ٩٨ .

(٣) سورة المائدة - آية ٦ .

ويدل على ما ذكرنا من الأخبار مارواه الشيخ^(١) في الصحيح عن جميل ابن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سأله عن الظهار متى يقع على صاحبه فيه الكفارة؟ فقال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها، أعليه كفارة؟ قال: لا، سقطت الكفارة عنه.

وما رواه في الصحيح عن الحلبي^(٢) قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفارة، قلت: إن أراد أن يمستها؟ قال: لا يمستها حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعله شيء؟ قال: إي والله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفارة غير الأولى؟ قال: نعم.

وما رواه في الكافي^(٣) عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفارة أخرى.

أقول: ظاهر هذا الخبر والخبر الأول أن الحنث الموجب للكفارة لا يقع بمجرد الإرادة للمواقعة، بل بالمواقعة بالفعل، وسيأتي ما ظاهره المنافاة.

ومارواه في الكافي^(٤) عن علي بن مهزيار قال: كتب عبدالله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك إن بعض مواليك يزعم أن الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفارة حنث أو لم يحنث، ويقول: حنثه كلامه بالظهار، وإتما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ٩ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤ وفيهما «نعم يعتق أيضاً رقية».

(٣) لم نثر عليها في الكافي، التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦.

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٩، التهذيب ج ٨ ص ١٢ ح ١٣ وفيه «عبدالله بن محمد قال: قلت له»، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٣ ب ٦ ح ٥.

جعلت عليه الكفارة عقوبة لكلامه ، وبعضهم يزعم أن الكفارة لا تلزمه حتى يحنث في الشيء الذي حلف عليه ، فإن حنث وجب عليه الكفارة ، وإلا فلا كفارة عليه ، فوقع عليه بخطه : لا تجب الكفارة حتى يجب الحنث .

أقول : أراد عليه بالوجوب في قوله «حتى يجب الحنث» معناه اللغوي ، أي حتى يحصل الحنث ويثبت منه ، وقد عرفت أن الحنث يحصل بإرادة الموافقة ، والشيخ حمل هذا الخبر على الظهار المشروط ، وجعل حنثه هو تحقق الشرط الذي علق عليه الظهار ، والظاهر أنه نظر إلى قوله «حتى يحنث في الشيء الذي حلف عليه» فإنه ظاهر في أن السؤال إنما كان عن الظهار المشروط المقصود به اليمين ، إلا أنك قد عرفت أنه لا يصح «على أصولنا» وإنما يصح «على أصول العامة» ، أو لعله عليه أجل في الجواب لذلك .

وبذلك يظهر أنه لا وجه لما حمل عليه الشيخ الخبر من الظهار المشروط ، وأنه متى لم يحصل الشرط لم تجب عليه الكفارة ، لأن ظاهر الخبر المذكور بالنظر إلى قوله «يحنث في الشيء الذي حلف عليه» لا يلائم ما ذكره بناءً على التقريب الذي ذكرناه ، ومع قطع النظر عن ذكر الحلف أو تأويله بوجه على خلاف ظاهره ، فإن الخبر ظاهر فيما دلت عليه الأخبار السابقة من تحقق الحنث بمجرد إرادة الموافقة ، فلا ضرورة إلى الحمل إلى الظهار المشروط .

بقي هنا شيء وهو أنه قد روى في الكافي ^(١) عن زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه : إني ظاهرت من أم ولدي ثم وقعت عليها ثم كفرت ، فقال : هكذا يصنع الرجل الفقيه إذا واقع كفتر .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٩ وفيه «من أم ولدي ثم واقعته» ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٢ .

وروى في الكافي والتهذيب^(١) في الصحيح أو الحسن عن زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر، فقال لي: أو ليس هكذا يفعل الفقيه؟

وهذان الخبران بحسب الظاهر مخالفان لظاهر الكتاب والسنة الدال على وجوب الكفارة بإرادة الواقعة، وأنه لا يجوز الواقعة بدون الكفارة، والظاهر حملها على الظهار المشروط بالواقعة، كقوله «أنت علي» كظهر أمي إن واقعته، قاصداً به الظهار دون الحلف للزجر مثلاً، فإن الكفارة في هذه الصورة لا تجب إلا بعد الواقعة، لأن الحنث إنما يقع بعد الواقعة.

الثاني: الأشهر الأظهر أن المراد من العود الموجب للكفارة هو إرادة الواقعة كما قدمنا ذكره، وبه صرح جملة من المتقدمين أيضاً.

قال الشيخ في كتابي المبسوط والخلاف: لا يجب الكفارة إلا إذا ظهر ثم أراد الوطء إن كان الظهار مطلقاً، وبعد حصول الشرط وإرادة الوطء إن كان مشروطاً. وبذلك صرح ابن أبي عقيل والسيد المرتضى بعد أن ذكر أنه ليس لأصحابنا نص صريح في تفسيره، وخالف في ذلك ابن الجنيّد فجعل العود عبارة عن إمساكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه. قال علي ما نقله عنه في المختلف: والمظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زماناً، فإن قل فقد عاد - إلى أن قال: - ولم يجز له أن يبطأ حتى يكفر.

ونقل عنه في المسالك الاحتجاج على ذلك بأن العود للقول عبارة عن مخالفته، يقال: قال فلان قولاً ثم عاد فيه، وعاد له أي خالفه ونقضه، وهو قريب من قولهم: عاد في هبته - ثم قال في المسالك: - وهذان القولان للعامة أيضاً، ولهم قول ثالث إنّه الوطء نفسه، والأصح الأول.

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٣٠، التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦

ثم إنّه أجاب عن الثاني وهو ما ذهب إليه ابن الجنيّد، قال: وجواب الثاني أن حقيقة الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأة عليه ، و ذلك لا ينافي بقاؤها في عصمته، فلا يكون إبقاؤها بذلك عوداً فيه ، وإنّما يظهر العود في قوله بإرادة فعل ما ينافيه، وذلك بإرادة الاستمتاع أو به نفسه، لكنّ الثاني غير مراد هنا لقوله « فتحرير ربة من قبل أن يتماساً » فجعل الكفارة مترتبة على العود ، وجعلها من قبل أن يتماساً ، فدلّ على أن العود يتحقق قبل الوطء ، و بهذا يضعف القول الثالث ، انتهى .

وأجاب في المختلف ومثله في المسالك أيضاً مما ذهب إليه ابن الجنيّد بأنّ قوله عزّ وجلّ « ثمّ يعودون » يقتضي التراخي بين الظهار والعود لدلالة « ثمّ » عليه وعلى قولهم بالقول الثاني لا يتحقق التراخي على هذا الوجه .

أقول : لا يخفى أنّ المستفاد من الآية و الأخبار المتقدمة متى ضمّ بعضها إلى بعض إنّما هو عبارة عن إرادة الواقعة ، لا مجرد إمساكها، لأنّ الآية دلّت على ترتّب الكفارة على العود، بمعنى إرادة العود بالتقريب المتقدم، والأخبار صرحت بأنّ وقت الكفارة إرادة الواقعة، ومنه علم أنّ العود الموجب للكفارة عبارة عن إرادة الواقعة، فلو أمسكها ما أمسكها ولم يرد الواقعة لم يتحقق العود بذلك. الثالث : قد عرفت ممّا تقدم أنّه لا إشكال في لزوم الكفارة بإرادة العود ، لكنّ الكلام في أنّه متى وجبت بذلك هل يكون وجوبها مستقراً بذلك حتّى أنّه لو طلقها بعد إرادة العود وقبل الوطء تبقى الكفارة لازمة له؟ أو أنّه لا استقرار لوجوبها إلّا بالوطء بالفعل، فمعنى الوجوب إنّما هو عبارة عن كونها شرطاً في حلّ الوطء لتحريم العود بدونها؟ قولان ، أشهرهما الثاني، وهو الذي صرح به المحقق في كتابيه .

قال في الشرائع : و لا استقرار لها ، بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتّى يكفّر، وعلى هذا فتكون الكفارة شرطاً في حلّ الوطء ، كما أنّ الطهارة شرط

في صحة صلاة النافلة ، و الاحرام شرط في دخول الحرم ، ولا يصدق على شيء من هذه الشروط اسم الواجب بالمعنى المتعارف منه ، و هو ما يذم تاركه أو يعاقب على تركه ، فإن تارك الكفارة لو لم يطقاً لإثم عليه ، ولو طأ أثم على وقوع الوطء على هذا الوجه لا على ترك الكفارة . كما أن من صلى النافلة من غير طهارة يعاقب على إيقاع الصلاة كذلك لا على ترك الطهارة ، وهذا الوجوب بهذا المعنى يسمى عندهم بالوجوب الشرطي ، لأنه لا يترتب على تركه ما يترتب على ترك الواجب ، وإثماً وجوبه عبارة عن شرطيته في صحة ما جعل شرطاً له ، و على هذا القول يدل ظاهر الآية ، فإن قوله عز وجل « فتحير رقة من قبل أن يتماساً » غاية ما يدل عليه توقف إباحة التماس على تحرير الرقة ، لا وجوب التحرير بمجرد إرادة التماس .

وبالجملة فإن مجرد إرادة العود مع عدم وقوع الوطء منه ولا التكفير لا يوجب حصول العصيان ، والموجود في الآية تحرير الرقة قبل التماس ، وهذا لم يحصل منه مماسة بالكلية .

وعلى ذلك يدل أيضاً ظاهر صحيحة الحلبي ^(١) المتقدمة قريباً فيمن يظهر امرأته ، ثم يريد أن يتم على طلاقها قال : ليس عليه كفارة ، قلت : لأنه أراد أن يمسه ، قال : لا يمسه حتى يكفر ، فإن غاية ما تدل عليه أن جواز المس متوقف على التكفير ، فمتى لم يمسه لا يستقر عليه وإن أراد ، ورجعه إلى أن التكفير شرط في جواز المس ، وهو المراد من الوجوب الشرطي الذي ذكرناه ، لا الوجوب المستقر بالمعنى المتعارف . ونحوها أيضاً صحيحة جميل ^(٢) ورواية أبي بصير ^(٣) المتقدمتان بالتقريب المذكور .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٥ ح ٩ و ١٠ .

ونقل عن العلامة في التحرير أنه استقرب أن الوجوب يستقر بإرادة الوطاء وإن لم يفعل، محتجاً بالآية، قال: لأن الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله «ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» أي فعليهم ذلك، والأصل بقاء هذا الوجوب المترتب.

واجب بمنع الدلالة على الوجوب مطلقاً، بل غاية ما تدل الآية عليه هو توقف التماس على الكفارة، وهذا ما ندعيه، ولو سلم الوجوب فالمراد به المقيّد بقبليّة التماس، والقبليّة من الأمور الإضافيّة لا تتحقّق بدون المتضايّفين فمال يحصل التماس لا يثبت الوجوب، وهذا هو المراد من الوجوب الغير المستمر وبالجمله فالقول المذكور ضعيف لا يلتفت إليه لما عرفت، والله العالم.

الثانية: المشهور بين المتقدمين وعليه كافة المتأخرين أنه لو وطأ قبل الكفارة لزمته كفارة اخرى، ولو كرر الوطاء تكررت الكفارة.

ويدل على ذلك صحيحة الحلبي^(١) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفارة، قلت: فإن أراد أن يمسه؟ قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعليه شيء؟ فقال: إي والله إنه لآثم ظالم، قلت: عليه كفارة غير الأولى؟ قال: نعم.

وما رواه في الكافي^(٢) عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى يجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قال: قلت، قال: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفارة اخرى.

وهذه الرواية وصفها في المسالك بالصحة، ولا أعرف له وجهاً، فإن طريقها في الكافي عن علي الميثمي عن ابن أبي عمير عن حفص بن البختري عن أبي بصير، وطريق الكليني إلى علي الميثمي غير معلوم وعلي المذكور مجهول، وأبو بصير مشترك.

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٤.

(٢) لم نعث عليها في الكافي، التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٩، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٦.

وما رواه الشيخ ^(١) عن الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل ظاهر من امرأته فلم يف ، قال : عليه الكفارة من قبل أن يتماساً ، قلت : فإنه أتاها قبل أن يكفر ، قال : بش ما صنع ، قلت : عليه شيء ؟ قال : أساء وظلم قلت : فيلزمة شيء ؟ قال : رقبة أيضاً .

وما رواه في الكافي ^(٢) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : إذا واقع المرأة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى ، ليس في هذا اختلاف .
أقول : الظاهر أن قوله « ليس في هذا اختلاف » من كلام أحد الرواة ، بمعنى أنه بتكرار الوطء تتكرر الكفارة ، فلكل وطء كفارة من غير خلاف بين الخاصة والعامة في ذلك ، إنما الخلاف في لزوم كفارة أخرى للوطء الأول كما هو محل البحث .

ونقل عن ابن الجنيد أنه حكم بالتعدد ، وكذلك إذا كان فرض المظاهر التكفير بالعتق أو الصيام . وأما إذا انتقل فرضه إلى الصيام فلا .
قال على ما نقل عنه في المختلف والمسالك : والمظاهر إذا قام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زماناً ، وإن قل « فقد عاد لما قال ، ولم يستحب » ^(٣) له أن يطأ حتى يكفر ، فإن وطأ لم يعاد الوطء ثانياً حتى يكفر ، فإن فعل وجب عليه بكل وطء كفارة ، إلا أن يكون ممّن لا يجد العتق ولا يقدر على الصيام فكفارته هي الاطعام فإنه إن عاود إلى جماع ثانٍ قبل الاطعام فالنفقة لا يوجب عليه كفارة ، لأن الله شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الاطعام والاختيار أن لا يعاد إلى جماع ثانٍ حتى يتصدق .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٤ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٧ ب ١٥ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٧ ح ١٧ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ١ .

ح ١ .

(٣) في المختلف « ولم يجز » .

واحتج له الأصحاب بصحيفة زرارة ^(١) المتقدمة في الموضع الأول من سابق هذه المسألة الدالة على أن من واقع بعد الظهار قبل أن يكفر فهو فقير . وحسنة الحلبي ^(٢) عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات ، قال : يكفر ثلاث مرات ، قلت : فإن واقع قبل أن يكفر ؟ قال : يستغفر الله ، ويمسك حتى يكفر .

ورواية زرارة ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال: إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم يمستها قبل أن يكفر فإنما عليه كفارة واحدة، ويكف عنها زوجها حتى يكفر .

وأنت خير بأن ظاهر كلام ابن الجنيد بل صريحه موافقة الأصحاب فيما إذا كان التكفير بالعتق أو الصيام، فأوجب التعدد بالوطء بعد الظهار قبل الكفارة، وتعددها بتعدد الوطء، وإنما يخالفهم في صورة ما إذا كان التكفير بالاطعام، فإنه لا يوجب أزيد من كفارة واحدة، محتجاً بظاهر الآية، وهي قوله عز وجل «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا - إلى أن قال : - فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً» ^(٤) .

والتقريب فيها أنه اشترط في كفارة العتق والصيام أنه لا يجوز له الموافقة إلا بعد تلك الكفارة، سواء واقعها مرة أو مرات، فإنه يكرر الكفارة بذلك

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٣٠، التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٨، الوسائل ج ١٥ ص ٥٣٠ ب ١٦ ح ٥:

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٨، التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٤، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠ ح ٣٧، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ ح ٩ وفيهما «ثم غشيها» ويكف عنها حتى.

(٤) سورة المجادلة - آية ٣ و ٤.

لمنعه من المماسّة قبل الكفّارة ، فهو ممنوع في المسّ الأول والثاني ، وهكذا ، فكلّ منهما وجب الكفّارة .

وأما الاطعام فأطلقت ولم يشترط فيه ذلك قبل المماسّة ، بل ظاهره أنّه متى كان كفّارته الاطعام فإنّه يكفر بعد الظهار تماساً أو لم يتماساً ، فإنّما عليه كفّارة واحدة ، لأنّه لم يعلّق الكفّارة على التماس كما في الأولين ، بل قال : فإن لم يستطع التكفير بتلك الكفّارين على الوجه المذكور فكفّارته إطعام ستين مسكيناً مرة واحدة وإن تماساً و تكرر التماس ، لأنّه لم يرتّب الكفّارة على التماس ليلزم تكررها بتكرره ، بل الموجب لها إنّما هو الظهار ، و الواجب فيه كفّارة واحدة ، والتعدد غير مستفاد من الآية في هذه الكفّارة .

وأما الأخبار التي أوردوها دليلاً لابن الجنيّد فلا دلالة في شيء منها على هذا التفصيل الذي ادعى ابن الجنيّد من تخصيص محلّ خلافه مع الأصحاب بكفّارة الاطعام ، بل هي مطلقة كما إطلاق الأخبار الدالة على القول المشهور ، ولا فرق في شيء منها بين الكفّارات ، إلّا أنّ تلك دلت على التعدد مطلقاً وهذه دلت على وحدة الكفّارة مطلقاً عتقاً كانت الكفّارة أوصيماً أو إطعاماً ، فهي غير موافقة لابن الجنيّد لأنّه يخصّ ذلك بما إذا كان الكفّارة إطعاماً ، وهذه الأخبار مطلقة ، وجعلها على خصوص الاطعام كما يقوله ابن الجنيّد تعسف محض وتكلف صرف لا يساعد عليه شيء من عبارتها وألفاظها .

نعم الواجب الكلام في الجمع بين هذه الأخبار ، وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حلّ الأخبار الأولى على الاستحباب ، ثمّ إنّ استشكل ذلك باعتبار صحّة روايتي الحلبي وأبي بصير بناءً على ما قدمنا نقله عنه من حكمه بصحّتها ، والتأويل فرع المعارضة وإلّا فالعمل على الترجيح بالصحة .

والشيخ - رحمه الله عليه - قد حلّ الأخبار الأخيرة الدالة على عدم تكرار

الكفارة على من فعل ذلك جاهلاً ، واستدلّ عليه بصحيفة محمد بن مسلم ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : الظهار لا يقع إلا على الحنث ، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفر ، فإن جهل وفعل كان عليه كفارة واحدة .

أقول : والتحقيق أن الرواية الأولى من الروايات الأخيرة وهي صحيحة زرارة ^(٢) ليست مما ذكره في شيء . وإنما المعنى فيها ما قدمنا ذكره من الحمل على ما إذا كان الظهار مشروطاً بالمواقعة ، بأن قال : أنت عليّ كظهر أمي إن واقعتك ، فإنه لا تجب عليه الكفارة إلا بعد المواقعة ، ولا يحصل الحنث الموجب لها إلا بذلك .

وأما حسنة الحلبي ^(٣) فليس فيها إلا أنه إذا واقع قبل أن يكفر فليستغفر الله وليمسك حتى يكفر . ولادلالة فيه على أنه يكفر كفارة واحدة ، بل هي أعم من الواحدة والاثنتين ، وحينئذٍ فيحمل على الكفارتين جمعاً بين الأخبار المفصلة ، وعلى هذا فتتخصر في رواية زرارة ، وهي لا تبلغ قوة في معارضة تلك الأخبار ، فيجب حملها على ما ذكره الشيخ من الجاهل الناسي وبذلك يظهر قوة القول المشهور .

وأما ما ذكره في المسالك بعد استبعاده ما ذكرناه من المحامل ، فقال : وقول ابن الجنيد لا يخلو من قوة ، وفيه جمع بين الأخبار ، إلا أن الأشهر خلافه ففيه ما عرفت آنفاً من أن قول ابن الجنيد لا تعلق له بهذه الروايات الأخيرة ، لأنه يفصل في الكفارة بين العتق والصوم وبين الإطعام ، فيوجب التعدد كما ذكره الأصحاب في الأولين ويوجب الواحدة في الثالث ، وهذه الأخبار ليس فيها إشارة

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٥٩ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٩ ب ١٦ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٥٦ ح ١٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٤٣ ح ٨ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨ ح ٣٤ ،

الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٦ ب ١٥ ح ٢ .

ج ٢٥ في حكم الظهار لو طلقها بائناً أو رجعيّاً . . . ثم تزوجها بعد العدة ٦٨١

إلى هذا التفصيل بالكلية، وإنّما هي مطلقة في اتحاد الكفارة، عتقاً كانت أو صوماً أو إطعاماً، وحمل هذه الأخبار الأخيرة على خصوص كفارة الاطعام، مع أنّه لا إشارة إليه، فضلاً عن الدلالة عليه في شيء منها تعسّف ظاهر، وتحكّم مجاهر. وكيف كان فإنّه على تقدير القول المشهور من وجوب التعدد فإنّه يجب تقييده بالعالم العامد دون الجاهل والناسي كما دلّت عليه صحيحة محمد بن مسلم^(١) وإن كان موردّها إنّما هو الجاهل، إلّا أنّ الناسي يشاركه عند الأصحاب كما صرح به في المسالك وغيره.

الثالثة: لاخلاف بين الأصحاب - رضوان الله عليهم - في أنّ المظاهر إذا طلق طلاقاً رجعيّاً ثمّ راجع في العدة فإنّ حكم الظهار باقٍ فلا تحلّ له حتّى يكفر. وإنّما الخلاف في أنّها إذا طلقها بائناً أو رجعيّاً ولكن تركها حتّى خرجت من العدة ثمّ تزوجها بعقد جديد فهل يكون حكم الظهار باقياً كالصورة الاولى أم لا؟ قولان، أشهرهما وأظهرهما الثاني.

ويدلّ على الحكمين المذكورين ما رواه الصدوق في من لا يحضره الفقيه^(٢) في الصحيح عن ابن أبي عمير عن أبي أيّوب الخزاز عن بريد بن معاوية قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل طاهر من امرأته ثمّ طلقها تطليقة، فقال: إذا هو طلقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار، قيل له: فله أن يراجعها؟ قال: نعم هي امرأته، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماساً، قلت: فإن تركها حتّى يحلّ أجلها وتملك نفسها، ثمّ تزوجها بعد ذلك، هل يلزمه الظهار من قبل أن يمستها؟ قال: لا، قد بانت منه وملكت نفسها.

إلّا أنّ صاحب الكافي^(٣) قد روى هذه الرواية بعينها عن يزيد الكناسي عن

(١) التهذيب ج ٨ ص ١١ ح ١٢، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢٨ ب ١٥ ح ٨.

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ ح ٦.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦١ ح ٣٤، التهذيب ج ٨ ص ١٦ ح ٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٥١٨ ب ١٠ ح ٢.

وما في المصادر اختلاف يسير.

أبي جعفر عليه السلام، الخبر كما هو في من لا يحضره الفقيه، ويزيد المذكور بالياء المثناة من تحت ثم الزاي، أو يريد بالياء الموحدة ثم الراء المهملة مجهول في الرجال فيكون الحديث ضعيفاً بهذا الاصطلاح المحدث، لكنّه من الجائز رواية كل منهما له في ذلك المجلس. وكيف كان فهو ظاهر الدلالة على الحكمين المذكورين. وذهب سائر وأبو الصلاح إلى عود حكم الظهار بعد تزويجها ولو بعد العدة البائنة لعدم الآية وخصوص حسنة علي بن جعفر ^(١) عن أخيه عليه السلام أنّه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت ثم طلقها زوجها الذي تزوجها، ثم راجعها الأول، هل عليه فيها الكفارة للظهار الأول؟ قال: نعم، عتق رقبة أو صوم أو صدقة.

وأجاب الشيخ عن هذه الرواية بالحمل على التقية لموافقتها لمذهب جمع من العامة، واعترضه في المسالك بأن العامة مختلفون في ذلك كالأصالة، فلا وجه للتقية في أحد القولين.

وفيه أنّه لا منافاة في ذلك، إذ من الجائز شيوع هذا القول بين العامة في ذلك الوقت، فأفتى عليه السلام بما يوافق قولهم يومئذ تقية، وقد ورد في الأخبار أنّه مع اختلافهم في الحكم يؤخذ بخلاف ما إليه قضائهم وحكامهم أميل.



(١) التهذيب ج ٨ ص ١٧ ح ٢٧، السوائل ج ١٥ ص ٥١٩ ب ١٠ ح ٩ وفيهما اختلاف يسير.

في هذه الرياض والعراص أصاب سهم القدر لمؤلفه الذي لاسعة عنه ولا مناص،
ولامحيد دون عموم واختصاص، فياله من كرب لا يفيث منه حي، وباله من ثلثة
لا يسدها شيء، وبه تم الجزء الخامس والعشرون - حسب تجزئتنا - بحمد الله ومنه.
وسيله - إن شاء الله - تتم لكتاب الظهار نهض بعبء تأليفه ابن أخيه وتلميذه
العلامة النحرير آية الله المحدث الشيخ حسين بن محمد آل عصفور

متبعاً خطى عمه وطريقة بحثه واسماً له بـ :

« عيون الحقائق الناضرة في تتمّة الحقائق الناضرة »

فخرج كاملاً متسقاً، مسدياً في ذلك خدمة جليلة لرواد

العلم والفضيلة، فله دره وعلى الله أجره

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

فهرس الجزء الخامس والعشرين من كتاب الحدائق الناضرة

الصفحة	الصفحة
<p>١٧ لو طلق الرجل زوجته فاعتدت وتزوجت ثم أتت بولد</p> <p>١٩ المسألة الثانية: في أولاد الموطوءة بالملك وما يترتب عليها من الأحكام</p> <p>٢١ لو أقر بالولد ثم أنكره، والأخبار الواردة في ذلك</p> <p>٢٢ لو كان للجارية موالٍ عديدة وطأها كل منهم وولدت، والأخبار الواردة في المقام</p> <p>٢٧ لو طأها المولى وطأها أجنبي بالزنا فولدت</p> <p>٣١ الأخبار الدالة على إلحاق الولد بأبيه وإن بعد عنه في اللون ونحوه</p> <p>٣٣ المسألة الثالثة: في وطء الشبهة</p> <p>٣٥ المقام الثاني: في سنن الولادة وما يستحب فعله بالمولود</p> <p>٣٦ منها: إخراج من في البيت من النساء</p>	<p>٣ المقصد الرابع في أحكام الأولاد وفيه مقامات:</p> <p>٣ المقام الأول: فيما يتعلق بالأولاد وبمن يلحقون، وفيه مسائل:</p> <p>٣ المسألة الأولى: في أولاد الموطوءة بالعقد الدائم</p> <p>٤ أن أقل الحمل ستة أشهر</p> <p>٦ الروايات الواردة لتحديد أقصى الحمل</p> <p>١١ لو وضعت الولد بعد سنة من وقت الجماع</p> <p>١٢ لو دخل بزوجه وجاءت بولد لأقل من ستة أشهر وهو حي كامل</p> <p>١٣ لو زنت المرأة على فراش زوجها</p> <p>١٥ لو اختلف الزوجان في الدخول وعدمه</p> <p>١٦ لو زنى بامرأة فأجبها ثم تزوجها</p>

- ٣٦ ومنها : الأذان في إذن المولود
اليمنى والاقامة في اليسرى
٣٧ ومنها : تحنيكه بماء الفرات
وتربة الحسين ^{عليه السلام}
٣٩ ومنها : غسل المولود وتسميته
بأحد الأسماء المستحسنة
٤١ ومنها : تكنيته
٤٣ ومنها : سنن اليوم السابع من
ولادته
٤٥ ومنها : حلق الرأس كلاً
٤٧ ومنها : ثقب الأذن
٤٨ ومنها : الختان
٥٦ ومنها : العقيقة
٥٧ تحقيق الكلام في العقيقة يقع
في مواضع
٧١ تكملة في الرضاع : والكلام
فيها يقع في موردين :
٧١ المورد الأول : في الرضاع نفسه
٧٩ المورد الثاني : في مدته
٨٣ المقام الثالث : في الحضانة
٨٦ أن الأم أحق بالولد مدة الرضاع
٩٠ شرائط حضانة الأم
- ٩٥ في حكم الحضانة مع فقدا الأبوين
٩٧ المقصد الخامس في النفقات
وفيه مطالب ثلاثة :
٩٧ المطلب الأول : في الزوجية
٩٨ اشتراط النفقة بالمقد الدائم
١٠٨ في ثبوت النفقة للمطلقة
الرجعية
١١٩ أن الرجوع في قدر النفقة
إلى العرف والعادة
١٢٤ أن الزوجة تملك نفقة يومها
مع التمكين
١٢٧ لو ادعت البائن أنها حامل
١٢٨ أن النفقة هل هي للحامل أو للحمل
١٣٠ المطلب الثاني : في نفقة الأقارب
١٣٠ في نفقة الانسان على نفسه
١٣٢ في وجوب النفقة على الأبوين
والأولاد
١٣٤ في وجوب نفقة الولد على أبيه
دون أمه
١٣٦ في اشتراط الفقر والعجز عن
الاكتساب في المنفق عليه
١٣٩ المطلب الثالث : في نفقة المملوك
والكلام هنا في موضعين :

- ١٣٩ الأول : في المملوك الأناسي
- ١٤٢ الثاني : في نفقة البهائم المملوكة
- كتاب الطلاق**
- ١٤٥ وفيه مقدمة ومقاصد ثلاثة
- ١٤٥ المقدمة : في الأخبار الدالة
- على كراهة الطلاق مع الثام
- الأخلاق والأخبار الدالة على
- الأمر بالطلاق مع عدمه
- المقصد الاول : في الاركان
- وهي أربعة :
- ١٤٩ الركن الاول : المطلق، ويعتبر
- فيه شروط أربعة :
- ١٤٩ أحدها : البلوغ
- ١٥٦ ثانيها : العقل
- ١٥٨ ثالثها : الاختيار
- ١٦٦ رابعها : القصد
- ١٦٨ الوكالة في الطلاق
- ١٧٣ الركن الثاني : المطلقة، ويشترط
- فيها أمور :
- ١٧٣ الأول : أن تكون زوجة
- ١٧٦ الثاني : أن يكون العقد دائماً
- ١٧٧ الثالث : أن يطلقها في طهر لم
- يقربها فيه
- ١٨٠ الرابع : أن يعين المطلقة
- ١٨٢ الخامس : أن تكون طاهرة من
- الحيض والنفاس بشرط أن تكون
- مدخولاً بها وزوجها حاضراً
- ١٨٦ في الجمع بين الأخبار المختلفة في
- مدة التبرص
- ١٨٩ فيما يتفرع على القول بوجوب
- التبرص
- ١٩٣ حكم الطلاق من غير تبرص
- لو خرج في طهر لم يقربها فيه
- ١٩٥ لو كان حاضراً ولا يمكنه استعمال
- حالتها
- ١٩٧ الركن الثالث : الصيغة
- ١٩٩ في احصاء صيغة الطلاق في لفظ
- «الطلاق»
- ٢٠٢ فيما قاله صاحب المسالك في وقوع
- الطلاق بالكنايات
- ٢٠٥ في الصيغ التي وقع الخلاف في
- وقوع الطلاق بها
- ٢٠٩ الأخبار الظاهرة في وقوع الطلاق
- بلفظ « نعم »
- ٢١١ فيما قاله الشيخ من وقوع الطلاق
- بغير العربية
- ٢١٢ في عدم وقوع الطلاق بالكتابة
- من الغائب الفادر على اللفظ

٢١٦	في كفاية الكتابة والاشارة ممن	٢٥٣	في بيان ما تتحقق به العدالة
	تعذر النطق		هنا
٢١٧	في اختلاف الأصحاب في وقوع	٢٥٥	في إبطال القول بكفاية مجرد
	الطلاق بالتخيير، والأخبار الواردة.		الاسلام بوجوه
	في الباب	٢٥٩	فيما يتفرع على اعتبار العدالة
٢٢٣	في تقريب عدم وقوع الطلاق		بمعنى ملكة التقوى
	بالتخيير بوجوه	٢٦٠	في عدم جواز الدخول في الامور
٢٢٦	تفريعات على القول بالتخيير		المشروطة بالعدالة لمن علم من
٢٣١	في اشتراط تجريد صيغة الطلاق		نفسه الفسق
	من الشرط والصفة	٢٦٥	في عدم قبول شهادة النساء في
٢٣٤	الأخبار الدالة على وقوع الطلاق		الطلاق
	لو فسر الطلقة باثنين أو ثلاث		المقصد الثاني : في أقسام الطلاق
	ونقل قولين في المسألة	٢٦٧	الأول : الطلاق البدعي
٢٣٩	فيما يدل على بطلان طلاق من	٢٦٨	الثاني : الطلاق السنّي البائن
	طلق ثلاثاً في مجلس	٢٦٩	الثالث : الطلاق الرجعي العدي
٢٤٣	في تصريح الأصحاب على إلزام	٢٧٠	الرابع : الطلاق السنّي بالمعنى
	المخالفين بما ألزموا به أنفسهم		الأخص
٢٤٥	الركن الرابع : في الاشهاد	٢٧١	قد تكاثرت الأخبار بتقسيم الطلاق
	و اتفاق النصّ و الفتوى على		إلى طلاق العدة و طلاق السنّة
	اشتراطه في صحة الطلاق	٢٨٣	في طلاق الحامل و الأخبار
٢٤٨	في عدم لزوم العلم التفصيلي		الواردة فيه
	بالمطلقة وكفاية العلم في الجملة	٢٨٨	في نقل المصنّف كلمات الأصحاب
٢٥١	في اعتبار العدالة في الشاهدين		في المقام ونقد بعضها

٣٢٥	لو طلق المريض الأمة والكتانية طلاقاً رجعيّاً المقصد الثالث
٣٢٧	في جملة من الأحكام المتعلقة بالمقصد المتقدم وفيه فصول:
٣٢٧	الفصل الأول: في المحلل وشروطه
٣٣١	في الأخبار الدالة على عدم التحليل بالمتعة
٣٣٣	لوقوع التحليل على مادون ثلاث طلقات
٣٣٥	في الاستدلال على أن التحليل لم يهدم الطلاق الأول
٣٣٦	وجوه أجوبة الشيخ عما نقله من أدلة هذا القول
٣٤١	في حصول التحليل بالذمى كالمسلم
٣٤٣	لو كانت تحتة أمة فطلقها تطليقتين ثم إنّه اشتراها
٣٤٧	في وقوع التحليل من الخصي
٣٤٩	في قبول قول المرأة في موت الزوج وعدمه
٣٥٢	فروع متعلقة بالتحليل
٢٩٤	لو طلق الحامل المدخول بها ثم راجعها وواقعها
٢٩٧	في اعتبار الجماع في تحقّق الرجعة وعدم اعتباره
٣٠١	في الجمع بين الأخبار الواردة في هذا المقام
٣٠٣	في وجه جمع الشيخ في المقام
٣٠٥	فيما ذهب إليه المحدث الكاشاني في الوافي والمفاتيح وإيراد المصنّف عليه
٣٠٩	في ما يتعلّق بطلاق الغائب
٣١٤	في كراهة الطلاق للمريض
٣١٧	أن المشهور عدم إرث الزوج من البائن
٣١٩	في علّة وجوب الإرث للزوجة في صورتين الخارجيتين من القواعد المقررة ، وذكر الأخبار الواردة في المقام
٣٢٣	في صحّة طلاق المريض وإن كان إضراراً بزوجته
٣٢٤	المشهور أنّه لا يلحق بالمرض غيره ممّا يشبهه من الأحوال المخوفة

الزوجة الغير المدخول بها	٣٥٦ الفصل الثاني : في الرجعة
٣٩٧ في أنه لاعدة للحامل من الزنا	٣٥٧ أن الرجعة تقع بالقول والفعل
٣٩٨ المقام الثاني : في المستقيمة	٣٥٩ في استحباب الاشهاد في الرجعة
الحيض وفي معنى القرء	وعدم وجوبه
٤٠٠ الأخبار الدالة على أن المطلقة	٣٦١ لو طلق وراجع فأكرت الدخول
تبين عند الحيضة الثالثة	بها
٤٠٣ الأخبار الدالة على القول الآخر	٣٦٢ في أن رجعة الآخرس بالاشارة
في المقام	المفهمة لها
٤٠٥ في أنها تحسب بالطهر الذي	٣٦٣ لو ادعت الزوجة انقضاء العدة
طلقت فيه	بالحيض
٤٠٧ في أقل المدة التي تنقضي بها	٣٦٥ لو كانت من ذوات الحمل فادعت
العدة	وضعه
٤٠٩ المقام الثالث : في المسترابة ،	٣٦٩ الأخبار الدالة على أن الاشهاد
وفيه بحوث :	على الرجعة يثبت الزوجية
٤٠٩ البحث الأول : في المسترابة	٣٧٣ لو لم يكن بينة وأراد التحليف
بالحيض	٣٧٥ الحاق : في ذكر الحيل الشرعية
٤١٠ الأخبار الواردة في المقام	٣٨٥ الأخبار الدالة على صحة بيع
٤١٥ حكم من تعتاد الحيض في كل	الآبق مع ضميعة
خمسة أو ستة أشهر	٣٨٨ في الموارد التي دلت الأخبار على
٤١٦ البحث الثاني : في المسترابة	جواز الحلف بغير الواقع تورية
بالحمل ، فيه قولان	٣٩٠ الفصل الثالث : في العدد
٤١٧ في نقد المصنف لما ذهب إليه	وفيه مقامات :
السيد السند في المقام	٣٩١ المقام الأول : في أنه لاعدة على

- ٤٢٥ فيما يدل* على القول الثاني
- ٤٢٧ فيما ذهب إليه الشهيد الثاني في
الروضة ونقد المصنّف له
- ٤٣١ البحث الثالث : في الصغيرة التي
لم تبلغ تسع سنين إذا طلّقت
بعد الدخول بها ، وكذا في
اليائسة هل عليها عدة أم لا ؟
- ٤٣٣ فيما ذهب إليه المرتضى في المقام
- ٤٣٥ الأخبار الواردة في المقام
- ٤٣٨ في ردّ ما توهّمه السيّد السند
من سقوط العدة عمّن بلغت
التسع إذا لم تحمل مثلها
- ٤٤٠ لورأت المطلقة الحيض مرة ثم
بلغت اليأس
- ٤٤١ البحث الرابع : في جملة من
الأحكام الملحقة بهذا المقام
- ٤٤١ لو استمرّ الدم مشتبهاً
- ٤٤٢ الأخبار الواردة في المقام
- ٤٤٤ لو طلّقت في أثناء الشهر
- ٤٤٥ لوراتبات بالحمل قبل انقضاء
العدة
- ٤٤٧ المقام الرابع : في عدة الحامل
والأخبار الواردة في المقام
- ٤٤٨ في نقل كلمات الأصحاب في المقام
- ٤٥٠ لو كانت حاملاً بآئين فولدت واحداً
- ٤٥٢ لو طلّقت المرأة فادعت الحمل
صبر عليها أقصى الحمل
- ٤٥٤ في تصريح الأصحاب بأنّه لو
طلّقها رجعيّاً ثمّ مات استأنف
عدة الوفاة ، أمّا لو كانت بآئناً
فإنّها تقتصر على إتمام عدة الطلاق
ونقل الأخبار الواردة في المقام
- ٤٥٨ لو حملت من الزنا ثمّ طلّقها الزوج
بأن يعلم اتقاؤه عن الفراش
- ٤٦٠ المقام الخامس : في عدة الوفاة
والكلام هنا في مواضع :
- ٤٦٠ الأول : في عدة الحائل والروايات
الواردة فيها
- ٤٦٤ الثاني : في عدة الحامل والأخبار
الواردة فيها
- ٤٦٧ الثالث : فيما يترتب على عدة
الوفاة وهو الحداد والأخبار
الواردة فيه
- ٤٧١ في الجمع بين ما اختلف من
الأخبار في المقام
- ٤٧٣ أن ما ذكر من حكم الحداد
مختصّ بالزوجة فلا يتعدى إلى
غيرها من أقارب الميت

٤٧٦ أن المطلقة لاحداد عليها رجعية
كانت أو بائنة

٤٧٨ لو أخلت بما وجب عليها من
الحداد

٤٧٩ المقام السادس : في حكم المفقود
زوجها ونقل الأخبار الواردة
في المقام

٤٨٢ أنه بعد الطلب أربع سنين ولم
يعرف له خبر فهل يكفي أمر
الحاكم لها بالاعتداد عدة الوفاة؟
أم لا بد من الطلاق أولاً من الولي
أو الحاكم مع عدمه ؟

٤٨٤ أنه لا يقع الطلاق أو الأمر
بالاعتداد إلا بعد الفحص عنه
لوتعذر البحث من الحاكم

٤٨٨ هل يكون فرق في المفقود بين
من اتفق فقده في جوف البلد
أو في السفر وفي القتال وما لو
انكسرت سفينته ولم يعلم حاله؟

٤٩٠ هل الحكم مختص بالزوجة
فلا يتعدى الى ميراثه ولا اعتقاً
ولده ؟

٤٩٢ لو أنفق عليها الولي أو الحاكم

من ماله ثم تبين تقدم موته على
الانفاق

٤٩٣ أنه لو قدم الزوج وقد خرجت
من العدة وتزوجت

٤٩٤ أنه لو جاء وهي في العدة
لونكحت بعد العدة ثم بان موت
الزوج

٤٩٧ أنه لو مات أحد الزوجين بعد
العدة والتزويج بزوجة آخر فإنه
لا توارث بينهما

٤٩٨ المقام السابع: في عدة الاماء والاستبراء
والرأيا بالواردة في المقام

٥٠١ الأخبار الدالة على أن عدة الأمة
حيضتان

٥٠٣ أنه لا فرق في هذه العدة بين القن
والمدبرة والمكاتبه وام" الولد اذا
زوجها مولاهما فطلّقها الزوج

٥٠٥ لو اعتقت الأمة ثم طلقت فإنّه
يلزمها الاعتداد بعدة الحرة

٥٠٧ أن عدة الذمية كالحرّة في الطلاق
والوفاة

٥٠٩ في عدة الأمة المتوفى عنها زوجها
ونقل الأخبار الواردة في المقام

- ٥١٤ لو مات المولى ولم تكن أمته
مزوجة فهل تعتد من موت ولاها
عدة الحرة أم يكفي استبرأؤها
لمن انتقلت إليه إذا أراد وطؤها؟
- ٥١٦ فيما ذهب إليه صاحب المسالك في
المقام، ونقد المصنف له
- ٥١٨ حكم عدة الأمة الموطوءة والمديرة
- ٥٢١ لومات زوج الأمة ثم اعتقت
- ٥٢٢ جملة من المواضع التي ذكر
الأصحاب فيها سقوط الاستبراء
- ٥٢٣ المقام الثامن : في اللواحق، وفيه
مسائل
- ٥٢٣ في وجوب السكنى المطلقة
الرجعية كما تجب لها النفقة،
والأخبار الواردة في المقام
- ٥٢٥ أن تحريم الخروج عليها هل
هو مطلقاً أو يختص بعدم رضا
الزوج ؟
- ٥٢٥ معنى الفاحشة المذكورة في
الآية الموجبة لإخراجها
- ٥٢٧ لو لم ينفق عليها جازلها الخروج
لاكتساب المعيشة
- ٥٢٩ أن المطلقة الرجعية زمن عدة
- ٥٣١ أنه يشترط في وجوب النفقة
والسكنى للمطلقة رجعيّاً
اجتماع الشرائط المعتبرة فيها
حال الزوجية
- ٥٣٢ لو تزوجت في العدة لم يصح
ولم تنقطع عدة الأول
- ٥٣٧ لو كان الزوج غائباً فالأشهر الأظهر
أنها تعتد من الطلاق من حينه
ومن الوفاة من يوم بلوغ الخبر
- ٥٣٩ الأخبار الواردة في المقام
- ٥٤١ في نقل أقوال زائدة على ما ذكر
- ٥٤٤ ظاهر الأخبار أنه لا فرق في جواز
الاعتداد لها بين كون المخبر
ثقة يفيد قوله ظن الموت أم لا،
صغيراً كان أو كبيراً، ذكراً كان
أو أنثى
- ٥٤٦ لو طلقها بعد الرجعة قبل المسيس
لزمها استئناف العدة
- ٥٤٨ لو كان طلاق الأول بائناً من خلع
ونحوه
- ٥٥٠ لو طلقها بائناً ثم وطأها للشبهة
فهل تتداخل العدتان ؟

- ٥٧٥ لو خلا الطلاق بعوض عن الكراهة
فعلى المشهور من عدم حصول
البيئونة به ، هل يكون رجعيّاً
أو باطلاً من أصله ؟
- ٥٧٦ هل يجب في الكراهة المشترطة
في صحة الخلع أن تكون
ذاتية ؟ أم يصحّ وإن كانت
عارضية ؟
- ٥٨١ لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها
مجرداً عن لفظ الطلاق
- ٥٨٣ لو ابتدأ بالطلاق مصرحاً بذكر
العوض
- ٥٨٥ لو قالت طلقني بألف هل يكون
الجواب على الفور أم لا ؟
- ٥٨٦ المقام الثاني : في الفدية
- ٥٨٦ المراد من قولهم : "كلما صحّ"
أن يكون مهراً صحّ أن يكون
فدية ؟
- ٥٨٧ في عدم الاشكال في صحة الخلع
على الأشياء التي لم يعلم قدرها
بالجملة
- ٥٩٠ حكم الخلع فيما لو وقع على ما
لا يملكه المسلم

كتاب الخلع والمباراة

وفيه مقدمة ومقصدان

٥٥٣ المقدمة : في معنى الخلع

والمباراة

المقصود الاول : في الخلع

وفيه مقامات

٥٥٦ المقام الاول : في الصيغة

٥٥٨ لابد في الخلع من القبول من

المرأة إن لم يسبق سؤالها ذلك

٥٥٩ صيغة الخلع لو وقعت بلفظ الخلع

هل يجب إتباعها بلفظ الطلاق ؟

أم تكفي وحدها ؟

٥٦٠ الأخبار الواردة في المقام

٥٦٦ على تقدير الاجتزاء بلفظ الخلع

من غير إتباع له بالطلاق هل

يكون ذلك فسخاً أو طلاقاً ؟

٥٦٨ في ذكر الأصحاب طلاق الفدية

والطلاق بعوض وعدم وقوف

المصنّف على أثر لهذا الفرد في

الأخبار

٥٧٠ في نقد المصنّف لما ذهب إليه

الشهيد الثاني في المقام

- ٥٩٢ حكم بذل الفدية من الضامن والمتبرع
- ٥٩٥ المقام الثالث : في شرائط الخلع وفيه مواضع ثلاثة :
- ٥٩٥ الأول : فيما يتعلق بالخالع
- ٥٩٥ الثاني : فيما يتعلق بالمختلعة
- ٦٠٠ الثالث : فيما هو خارج عن الأولين ومنه الاشهاد وتجريده من الشرط
- ٦٠٢ المقام الرابع : في الأحكام ، وفيه مسائل :
- ٦٠٢ الاول : لو أكرهها على الفدية
- ٦٠٣ الثانية : لو خلعها والأخلاق ملتزمة
- ٦٠٥ الثالثة : في حكم عضلها لو أنت بالفاحشة لتقتدي نفسها
- ٦٠٧ الرابعة : أنه متى صح الخلع واجتمعت شرائطه كانت فرقة بائنة
- ٦٠٨ أن للمرأة الرجوع في البذل ما دامت في العدة
- ٦١٠ بر رجوع المرأة في البذل هل تترتب عليها أحكام العدة الرجعية مطلقاً؟
- ٦١٢ هل يجوز للرجل أن يتزوج اخت زوجته التي خلعتها ؟ وكذا هل يجوز أن يتزوج برابعة أم لا ؟
- ٦١٣ هل يجوز لها الرجوع في بعض ما بذلته ؟
- ٦١٥ لو أراد الرجل إعادة الزوجة ولم ترجع في البذل فإنه لا يكون إلا بعقد جديد و مهر مستأنف
- ٦١٨ لو خالع المريض لم ترثه الزوجة في العدة
- المقصد الثاني : في المباراة
- ٦٢١ الأخبار الواردة في المباراة
- ٦٢٣ أن المباراة مشروطة بكراهة كل من الزوجين الآخر
- ٦٢٤ هل يجب إتيان المباراة بلفظ الطلاق أم لا ؟
- ٦٢٦ فيما يؤخذ من فدية المباراة
- ٦٢٧ أن الفرقة الحاصلة بالخلع والمباراة لا تنحصر في لفظهما
- كتاب الظهار**
- ٦٢٩ معنى الظهار والسبب في نزول الآية الشريفة
- ٦٣٠ الروايات الواردة في سبب نزول الآية الشريفة ، وهنامطالب أربعة :
- ٦٣٥ المطلب الاول : في الصيغة
- ٦٣٦ كلمات الأصحاب حول صيغة الظهار
- ٦٣٩ ذكر صور عديدة تفريعا على التشبيه

- ٦٤١ أنه لا يقع الظهار بما عدا من
حرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهرة
- ٦٤٢ في اشتراط سماع الشاهدين
لنطق المظاهر
- ٦٤٤ في تعليق الظهار على الشرط
والأخبار الواردة في المقام
- ٦٤٩ لا يقع الظهار في يمين ولا إضرار
ولا غضب ولا سكر و الروايات
الواردة في المقام
- ٦٥٣ لو قيد الظهار بمدة معينة ،
ونقل كلمات الأصحاب في المقام
- ٦٥٦ في ما لو قال : دأنت طالق
كظهر أمي
- ٦٥٩ المطلب الثاني : في المظاهر وأنه
يشترط فيه ما يشترط في المطلق
- ٦٦٠ هل يصح الظهار من الكافر أم لا ؟
- ٦٦٢ في وقوع الظهار من العبد
- ٦٦٣ المطلب الثالث : في المظاهرة
- ٦٦٣ يشترط أن تكون منكوحة بالعقد
- ٦٦٤ هل يشترط الدخول في صحّة
المظاهرة أم لا ؟
- ٦٦٦ اختلف الأصحاب في الأمة
الموطوءة بملك اليمين ولو مدبرة
أو أم ولد
- ٦٦٩ هل إطلاق الدخول يشمل الدبر ؟
وهل إطلاق الحكم يشمل
الصغيرة والمجنونة أم لا ؟
- ٦٧٠ المطلب الرابع : في الأحكام
وفيه مسائل :
- الاولى : في أن الكفارة لا تجب
بمجرد الظهار وإنما تجب
بالعود وإرادة الوطء
- ٦٧٣ أن المراد من العود الموجب
للكفارة هو إرادة المواقعة
- ٦٧٤ متى وجبت الكفارة بإرادة العود
هل يكون وجوبها مستقراً بذلك
أو أنه لا استقرار لوجوبها إلا
بالوطء بالفعل
- ٦٧٦ الثانية : لو وطأ قبل الكفارة
لزمته كفارة أخرى ، ولو كرر
الوطء تكررت الكفارة
- ٦٧٩ في الجمع بين الأخبار الواردة في
المقام
- ٦٨١ الثالثة : لو طلقها بائناً أو رجعيّاً
ولكن تركها حتى خرجت من
العدة ثم تزوجها بعقد جديد فهل
يكون حكم الظهار باقياً أم لا ؟
خاتمة الكتاب

